

LA ÚLTIMA REFORMA DE LA LEY CONCURSAL OPERADA POR EL RD-LEY 4/2014: OTRA MODIFICACIÓN CONCURSAL A “GOLPE” DE DECRETO-LEY*

DAVID GARCÍA BARTOLOMÉ^{***}

Resumen: El autor del presente artículo hace un primer apunte sobre la oportunidad y necesidad de la reciente reforma concursal operada por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo. También apunta, en terminos generales, los objetivos perseguidos por el legislador en la última reforma concursal. Después, hace una reflexión sobre el uso masivo del Real Decreto-ley cuando se legisla en general (incluido el ámbito del Derecho concursal). Finalmente, analiza las modificaciones más importantes introducidas por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo.

Palabras clave: ley concursal, reforma concursal, Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, refinanciación, reestructuración, deuda empresarial.

Abstract: The author of this article makes a first note on the opportunity and necessity of the recent bankruptcy reform operated by Royal Decree-Law 4/2014 of 7th March. He also points out in general terms the objectives pursued by the legislator in the new bankruptcy reform. Then he makes a reflection on the massive use of Royal Decree-Law when it is in general legislated (including the bankruptcy law). Finally he analyzes the most important changes introduced by Royal Decree-Law 4/2014 of 7th March.

Keywords: bankruptcy law, bankruptcy law reform, RD-L 4/2014 of 7th March, corporate refinancing, corporate restructuring, corporate debts.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- 1. Objetivos perseguidos por el legislador concursal con la aprobación del RD-ley 4/2014, de 7 de marzo; 2. Después de todas la reformas acometidas en la Ley Concursal durante estos últimos diez años, ¿Era tan urgente y extraordinariamente necesaria la nueva reforma concursal?; II. EL “MASIVO” RECURSO AL REAL DECRETO-LEY PARA LEGISLAR EN EL ÁMBITO DEL DERECHO CONCURSAL; 1. El “mal”

* Fecha de recepción: 30 de mayo de 2014.

Fecha de aceptación: 06 de junio de 2014.

** Profesor ayudante de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Madrid (UAM). Correo electrónico: david.garcia@uam.es

*** El autor dedica el presente trabajo al Profesor Dr. D. GILBERTO PÉREZ DEL BLANCO (Profesor Contratado Doctor de Derecho Procesal UAM), en agradecimiento a su gran amistad, a su compañerismo y, por supuesto, a su magisterio, en esta “ardua”, aunque fascinante carrera académica que comparten en el Área de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Madrid (UAM).

uso generalizado del sistema de fuentes a la hora de legislar y el recurso masivo al Real Decreto-ley para legislar en el ámbito concursal en tiempos de crisis económica; III. PRIMERA TOMA DE CONTACTO CON ALGUNAS DE LAS MEDIDAS INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO-LEY 4/2014; 1. La nueva modificación del artículo 5 *bis* de la Ley Concursal; A. La paralización y/o suspensión de las ejecuciones judiciales de bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor; B. Límites a la paralización y/o suspensión de las ejecuciones judiciales sobre bienes necesarios para la actividad profesional o empresarial desde la fase preconcursal (*ex art. 5 bis* LC); C. La publicidad de las solicitudes de comunicación del inicio de negociaciones (*ex art. 5 bis* LC); D. Algunos problemas que puede plantear la aplicación de las nuevas medidas introducidas por el nuevo artículo 5 *bis* de la Ley Concursal; 2. Nueva prohibición en el ámbito del órgano de administración concursal; 3. Nuevos cambios en materia de acciones rescisorias concursales; 4. Calificación de los créditos que generen nuevos ingresos de tesorería al deudor común (calificación del *fresh money*); 5. La suspensión de las ejecuciones que recaigan sobre bienes con garantía real que resulten necesarios para la continuidad de la actividad empresarial; 6. Novedades en el régimen de las personas especialmente relacionadas con el deudor concursado y los créditos subordinados; 7. Nuevas modificaciones en sede de calificación del concurso; A. La nueva presunción *iuris tantum* de culpabilidad del concurso (art. 165.4); B. La ampliación del ámbito subjetivo de las personas afectadas por la calificación (art. 92.5 LC); C. La ampliación del ámbito subjetivo de la responsabilidad concursal (art. 172 *bis*); 8. Nuevo régimen de homologación de los acuerdos de refinanciación de la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal; A. El nuevo *quorum* para homologar los acuerdos de refinanciación; a) Cómputo de las mayorías exigidas en la disposición adicional cuarta; b) Exclusión automática de los acreedores comerciales y acreedores de créditos de derecho público: su posible adhesión voluntaria al acuerdo de refinanciación homologado judicialmente; c) Préstamos sindicados *versus* acuerdos de refinanciación de la disposición adicional cuarta; B. El valor de la garantía real de cada acreedor; a) La nueva definición del valor razonable a los efectos de determinar el valor de la garantía real de cada acreedor; b) Garantía a favor de un mismo acreedor sobre diversos bienes; C. Extensión de los efectos del acuerdo de refinanciación; a) Algunas especialidades en el régimen de la extensión de los efectos de la homologación; D. De los documentos que se deben adjuntar con el escrito de solicitud de homologación judicial; E. Efectos de la homologación judicial del convenio de refinanciación; a) El inicio de la paralización de las ejecuciones singulares; b) Los derechos de los acreedores suscriptores del acuerdo de refinanciación homologado y los derechos de los acreedores no suscriptores del acuerdo; c) Ejecución de garantías reales: importe resultante y deuda originaria; d) Protección de los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente; F. Tratamiento contable en las entidades de crédito de las operaciones reestructuradas como consecuencia de un acuerdo de refinanciación; G. Modificaciones fiscales introducidas por la reforma; H. Modificaciones en materia de OPAS; I. Modificación en el cómputo de las pérdidas por deterioro de valor de las sociedades; IV. CONCLUSIÓN; V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

No han sido pocos los autores¹ que se han pronunciado sobre la *falta* de eficacia jurídica de las exposiciones de motivos de las leyes e, incluso, algún autor² ha sostenido la posibilidad de prescindir definitivamente de las mismas a la hora de redactar las normas. Desde nuestro punto de vista, también entendemos que las exposiciones de motivos de las leyes promulgadas *carecen* de eficacia jurídica, aunque, bien es cierto que su estudio puede ayudar a determinar e interpretar el verdadero espíritu de la norma (como “mera” ayuda interpretativa)³ —es decir, acercarnos al verdadero alcance u objetivo de la norma— o, si se nos permite, nos puede servir como guía para ver si el espíritu que ha llevado al legislador a promulgar la misma, coincide con el verdadero espíritu que se desprende de la propia norma (el texto normativo *definitivo*, una vez promulgada la misma); como ya hemos afirmado anteriormente, la *falta* de eficacia jurídica de las exposiciones de motivos (o preámbulos, una vez aprobado el texto definitivo), hace que las mismas debieran permanecer inalterables —es decir, inmutables desde su redacción inicial, sin sufrir reformas o enmiendas parciales durante el debate— durante todo el debate parlamentario.

En relación a lo anterior y en plena conexión con las reformas concursales acometidas durante estos últimos diez años, algún autor⁴ ha llegado a afirmar que toda ley responde a un *plan político* cuya finalidad es intervenir de manera eficiente y eficaz en la realidad social y económica, es decir, en este sentido, se dice que la propia Ley Concursal del año 2003 respondía, más bien, a una cuestión de *política legislativa* en la que tenía cabida ese *plan*

¹ Sobre las exposiciones de motivos de las leyes, en general, *vid.*, el trabajo de PENDAS GARCÍA, B., “Procedimiento legislativo y calidad de las Leyes”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 28, 1990, p. 109; SANTAOLALLA LÓPEZ, F., “Exposiciones de motivos de las Leyes: motivos para su eliminación”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 33, 1991, pp. 47-64.; y, en referencia a la exposición de motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, *vid.*, por todos a CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “La naturaleza jurídica de la declaración judicial de concurso”, en OLIVENCIA/FDEZ-NÓVOA/JIMÉNEZ DE PARGA (dirs.), AAVV, *Tratado de Derecho Mercantil*, vol. 7, ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 25; GURREA MARTÍNEZ, A., “La incomprensible preferencia del convenio a la liquidación como solución del concurso de acreedores, SSRN: <http://SSRN.COM/ABSTRACT=2400128> o, <http://DX.DOI.ORG/10.2139/SSRN.2400128>.

² SANTAOLALLA LÓPEZ, F., “Exposiciones de motivos...”, *op. cit.*, pp. 47-64.

³ En este sentido, entendemos que las exposiciones de motivos de las normas, aún sin eficacia jurídica, pueden tener, incluso, un claro papel *didáctico* para el intérprete de la misma; véase, como ejemplo, la exposición de motivos de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial (pendiente de reforma). En contra del aporte interpretativo de las exposiciones de motivos de las leyes se pronuncia SANTAOLALLA LÓPEZ, F., “Exposiciones de motivos...”, *op. cit.*, p. 57. El autor dice que si la norma promulgada plantea dificultades interpretativas es porque está mal concebida, probablemente por olvido de algunas de las técnicas *nomotécnicas* esenciales a la hora de redactar Leyes (las normas deben ser completas, concisas, y claras). Además, el autor afirma que, la “supuesta” justificación interpretativa de las exposiciones de motivos en su valor hermenéutico choca de entrada con los postulados de la (buena) técnica legislativa.

⁴ *Vid.*, OLIVENCIA RUIZ, M., *Guía Legislativa UNCITRAL sobre el régimen de insolvencia*, p. 12.

político de intervención ya apuntado⁵; por todo ello, podemos sostener, que los sucesivos “vaivenes” de reforma legislativa sufridos por la Ley Concursal, responderían, más bien, a cuestiones de *política legislativa*, ya que, a nuestro entender, el legislador, ante los cambios y la evolución de la realidad social y económica española, intenta, a través de las diversas reformas acometidas, garantizar la adaptación de la normativa de insolvencia a esos nuevos escenarios o, a esas nuevas necesidades y/o realidades socio-económicas⁶.

A la hora de acometer un estudio pormenorizado del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, será necesario hacer una lectura sosegada de su propia *exposición de motivos*, puesto que la misma, se configura como el texto idóneo donde el legislador intenta definir los fines y objetivos perseguidos por dicha norma; es decir, la exposición de motivos del Real Decreto-ley 4/2014, ha servido al legislador para “intentar” esgrimir –aunque sea de forma escueta– el verdadero alcance de la norma promulgada. Como bien apunta alguna autora⁷, la misma *exposición de motivos* del Real Decreto-ley parece que conduce a entender que la Ley Concursal ha pasado de ser: *una aspiración profunda y largamente sentida en el Derecho Patrimonial español*⁸ a convertirse en un “peligro” del que conviene alejarse definitivamente⁹.

Pudiera parecer que la falta de cultura concursal predominante hasta la fecha en España y tan invocada y reclamada por la mejor doctrina¹⁰, deja de tener importancia ante las nuevas reformas, como si ya no interesara al propio legislador. Con el nacimiento de las nuevas fórmulas y soluciones preconcursales *extra muros* concurso (introducidas por las últimas reformas), parece que, durante estos últimos años, confiar la tutela sobre la insolvencia a los tribunales no es del todo eficiente o, al menos, el “concurso” no consigue los resultados pretendidos por el legislador concursal; pudiera parecer, incluso, que el proceso concursal ha empezado a “estorbar”, ya que el mismo tiene un componente *abrasivo* importante, sobre todo para el deudor que no ha consolidado su estado de insolvencia¹¹, además, los resultados de los concursos que se vienen declarando judicialmente no son muy halagüeños, la gran mayoría terminan en liquidación (las propuestas anticipadas de convenio son escasas –por

⁵ Vid., VICENT CHULIÁ, F., “Tres años de Ley Concursal: temas de reforma”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 8, 2008, pp. 113 y ss.

⁶ OLIVENCIA RUIZ, M., *Guía legislativa...*, op. cit., p.12.

⁷ Vid., el trabajo de SÁNCHEZ PAREDES, M^a. L., “Breves reflexiones en torno al alcance subjetivo de la reforma concursal”, en *e-Dictum*, 28, abril 2014, p. 1.

⁸ Vid., la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, 9 de julio, concursal.

⁹ Vid., a SÁNCHEZ PAREDES, M^a. L., “Breves reflexiones...”, op. cit. pp. 1 ss.; DAMIÁN MORENO, J., “¿Estorba el Derecho Concursal?”, en *Diario económico Expansión*, sección Jurídico, de 9 de mayo de 2011.

¹⁰ Vid., por todos, el trabajo de BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Los problemas del Derecho Concursal español”, en *El Notario del siglo XXI*, enero-febrero 2012, núm. 41, pp. 35 y ss., cit. por SÁNCHEZ PAREDES, M^a. L., en el trabajo enunciado en la nota al pie de página núm. 7.

¹¹ DAMIÁN MORENO, J., “¿Estorba el Derecho Concursal?”, op. cit.

no decir inexistentes— y, un porcentaje pequeño de concurso acaba en convenio)¹². Por todo ello, veremos, en un futuro próximo, como se adaptarán las nuevas medidas preconcursales a la realidad, para ver si esta última reforma coadyuvará, por fin, a la consecución de los fines y objetivos del Derecho Concursal o, si por el contrario, serán necesarias “incesantes” reformas de la Ley Concursal para conseguirlo.

Lo que si está claro es que, si lo que realmente “se pretende es que el juez del concurso acabe siendo un *amigable compondor* cuya función quede reducida a homologar soluciones negociadas en la medida que convenga a los principales acreedores del deudor, al menos deberíamos ser conscientes de lo que estamos haciendo y lo que realmente buscamos con las reformas¹³”.

1. Objetivos perseguidos por el legislador concursal con la aprobación de las medidas introducidas por el RD-ley 4/2014, de 7 de marzo

La verdad es que el la reforma de la Ley Concursal operada por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, ha sorprendido a muchos por su rápida incorporación al Ordenamiento jurídico, de manera casi *sorpresiva*. Aunque más bien, a nuestro juicio, la reforma se ha hecho de esta manera, debido a las recomendaciones que estaba elaborando la Comisión Europea sobre el Derecho de la insolvencia de los Estados miembros, para que, cada Estado adaptase la normativa de insolvencia a esas inminentes recomendaciones que estaban a punto de ver la luz y que, como es sabido, fueron publicada en el BOUE unos días más tarde que el RD-ley que comentamos¹⁴; por todo ello, quizá, pueda ser entendible la publicación “apresurada” de este RD-ley que estamos comentando.

También, en este sentido (a pesar de la reciente reforma: RD-ley 4/2014) se ha publicado en estos últimos días un informe elaborado por el Fondo Monetario Internacional (FMI) en el que insta a España a que siga mejorando la Ley Concursal para intentar salvar a las pequeñas y medianas empresas y a los trabajadores autónomos; por lo tanto, es posible que, ante esta nueva indicación del Fondo Monetario Internacional (FMI) la reforma que

¹² *Vid.*, la estadística concursal del último trimestre del año 2013 y primer trimestre del año 2014: <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?jsessionid=8E31CBFD83010C88DB8427D2353FFE45.jaxi04?type=pcaxis&path=%2Ft30%2Fp219&file=inebase&L=0>

¹³ *Vid.*, DAMIÁN MORENO, J., “¿Estorba el Derecho Concursal?”, *op. cit.*

¹⁴ *Vid.*, íntegramente la Recomendación 2014/135/UE, de 12 de marzo, de la Comisión Europea, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, DOUEL de 14 de marzo de 2014, que curiosamente se publicó siete días después de que se promulgara el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo. “El objetivo de la presente Recomendación es garantizar que las empresas viables con dificultades financieras, cualquiera que sea su ubicación en la unión, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia, que les permitan reestructurarse en un fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia y, por lo tanto, maximizar su valor total para los acreedores, los empleados y los propietarios, así como para el conjunto de la economía. La Recomendación también se propone ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados incursos en procesos de insolvencia en toda la Unión”.

ahora comentamos, no sea la última¹⁵ que veamos antes de que termine la legislatura actual, en la que gobierna el Partido Popular¹⁶.

Por otro lado, hay que advertir que, diversas voces del gobierno ya afirmaban que esta reforma no venía provocada por el descontento (*rectius*: temor) que pudieran tener las entidades financieras con respecto a sus posiciones frente a los concursos de acreedores, sino que más bien, esta reforma —que no era para favorecer a los bancos— operaría en *pro* de los acreedores y los deudores¹⁷. Como se puede observar en el cuerpo de la exposición de motivos del Real Decreto-ley 4/2012, de 7 de marzo, *por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial*, se han introducido, entre otras, una serie de reformas de la Ley concursal, para intentar favorecer la reestructuraciones y las refinanciaciones de empresas viables que, desde un punto de vista operativo, se encuentran altamente endeudadas; es lo que se suele conocer como “el alto nivel de apalancamiento” que sufren muchas empresas que, aún generando beneficios de su actividad ordinaria empresarial, en determinadas ocasiones, pueden *devenir* inviables financieramente hablando, debido, en primer lugar, a ese altísimo endeudamiento y, en segundo lugar, a la falta de liquidez razonable para poder cumplir con sus obligaciones exigibles. En estos casos, es cierto que, ante tal desajuste financiero, ya se contaba con soluciones y alternativas tendentes a paliar dicho problema; por un lado, se podía utilizar la vía de la liquidación de la compañía con su consiguiente desaparición del tráfico jurídico; y, por otro lado, se podía acudir a la vía del saneamiento financiero, reduciendo la deuda y, haciendo que la misma pueda ser *soportada* —soportable en palabras del RD-ley 4/2014— por la empresa¹⁸; en este sentido parece que lo que se busca es incentivar un

¹⁵ Aquí la proliferación legislativa constante (a través de las sucesivas de reformas “parcheadas”) que sufre la normativa concursal, a la que ya nos hemos referido anteriormente. Es aquí donde se refleja el “poco respeto” del legislador a la ley, puesto que no puede estar reformando un cuerpo normativo cada seis meses como si de una carrera de obstáculos se tratara. Esto choca frontalmente con la importante *seguridad jurídica*. Como decía, en su día, el profesor ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS, el legislador además del respeto formal a la ley, debe tener respeto al mantenimiento de la vigencia de las normas, criticando la ambición del mismo a la hora de hacer reformas apresuradas y poco meditadas de forma ortopédica o “parcheada” que puedan provocar cierta *inseguridad jurídica*, *vid.*, su trabajo: “Respetar la ley”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 1, 1974, p. 93.

¹⁶ El Fondo Monetario Internacional (FMI) ha redactado un informe publicado el pasado 15 de mayo en el que pone de manifiesto las deficiencias y los fallos de la normativa concursal vigente. Se requiere y se insta al Gobierno español a que reforme por “enésima” vez la Ley Concursal para salvar a los autónomos y a las PYMES.

¹⁷ *Vid.*, la noticia del Diario el economista del 17 de marzo de 2014, en el que se publica una entrevista a D. MIGUEL TEMBOURY, Subsecretario de Economía y Competitividad, que ha sido el principal impulsor de las negociaciones del proyecto el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, de medidas urgentes de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, aprobado por el Consejo de Ministros, que reforma la Ley Concursal, bajo las directrices del Ministro de Economía DE GUINDOS: <http://www.eleconomista.es/interstitial/volver/aciertoaabril/legislacion/noticias/5626096/03/14/Esta-reforma-concursal-no-es-la-de-los-bancos-sino-de-acreedores-y-deudores.html#.Kku8hIGQfjthTpr>

¹⁸ *Vid.*, el apartado I de la Exposición de motivos del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

“desapalancamiento” financiero, que permita a las empresas seguir cumpliendo de forma regular con sus obligaciones exigibles, sin que por ello tengan la imperiosa necesidad de estar hipotecando sus ingresos futuros.

Ante esta última reforma, el Gobierno, al promulgar el Real Decreto-ley 4/2014 –junto con otra batería de medidas más urgentes, anteriormente aprobadas, y de mucho mayor intensidad¹⁹– da una verdadera importancia al mantenimiento y conservación del tejido empresarial (constituído, principalmente por las pymes), ya que, enfoca sus medidas urgentes en la búsqueda de fórmulas que *coadyuven* a aliviar a empresas verdaderamente viables pero altamente endeudadas –y con poca liquidez– que hayan *devenido* inviables desde un punto de vista operativo –o financiero–. A pesar de la buena voluntad que transmite el Real Decreto-ley 4/2014, en su exposición de motivos, es cierto que determinadas cuestiones o medidas introducidas por el mismo, plantean serias dudas interpretativas (entre otras: el experto independiente, la ampliación del escudo protector o la responsabilidad por rechazar los acuerdos de refinanciación etc.), por ello, algunos expertos han llegado a afirmar que ven cierta *inseguridad jurídica* en dicha reforma de los acuerdos preconcursales²⁰. Otros autores²¹, sin embargo, apuntan que la reforma deja fuera a los deudores de pequeñas dimensiones (por no ofrecerles soluciones preconcursales efectivas) y, además, tampoco ofrecen soluciones preconcursales que coadyuven a reestructurar y refinanciar a las pequeñas y medianas empresas (pymes), que se verán abocadas, irremediabilmente, al concurso. Sin embargo, también existe optimismo sobre las nuevas medidas, ya que alguna autora²² cree, firmemente, que esta reforma operada por el RD-ley 4/2014, de 7 de marzo, representa un paso más –y decisivo– que aporta *seguridad jurídica* y elimina rigideces en este acertado proceso de establecimiento de un marco jurídico protector de acuerdos preconcursales de refinanciación.

¹⁹ Durante los dos años anteriores (2012/2013) se han venido aprobando diversos paquetes de medidas urgentes en materia de deuda hipotecaria por adquisición de vivienda vía Decreto-ley. Principalmente, se trata de: El Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos; el Real Decreto-ley 27/2012 de 15 de noviembre, de medidas urgentes de medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios; y la Ley 1/2013, de 27 de septiembre, a apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que abordó una serie de medidas destinadas a beneficiar a todo tipo de empresas y los autónomos, destacando la figura del emprendedor de responsabilidad limitada y la introducción del acuerdo extrajudicial de pagos entre otras novedades.

²⁰ *Vid.*, la noticia sobre la reforma concursal, en el diario económico El Economista de 15 marzo de 2014: <http://www.eleconomista.es/legislacion/noticias/5623515/03/14/Los-expertos-ven-inseguridad-juridica-en-la-reforma-de-los-acuerdos-preconcursales.html#.Kku8OT6DmZNxFtK>

²¹ *Vid.*, el trabajo de SÁNCHEZ PAREDES, M^a. L., “Breves reflexiones...”, *op. cit.*, p. 4 *in fine*.

²² *Vid.*, el trabajo de PULGAR EZQUERRA, J., “Refinanciación, reestructuración de deuda empresarial y reforma concursal”, en *Diario La Ley*, núm. 8271, sección doctrina, 14 de marzo de 2014, p. 2

2. Después de todas las reformas acometidas en la Ley Concursal en estos últimos diez años, ¿Era tan urgente y extraordinariamente necesaria la nueva reforma concursal?

Ante esta última y reciente modificación de la Ley Concursal abordada por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, cabe que nos planteemos la necesidad y la oportunidad de la misma o, al menos cuestionarnos si eran tan necesarias y extraordinariamente urgentes las medidas, como para introducirlas a través del Real Decreto-ley. Es cierto que las normas concursales integradas dentro del ámbito del Derecho Mercantil —a pesar de que se pueda defender una identidad y autonomía del Derecho Concursal como disciplina autónoma, según se ha defendiendo por parte algún autor²³—, al igual que ocurre con las normas procesales, deben estar continuamente adaptándose a las nuevas circunstancias y realidades sociales y económicas (evolución económica del mercado); además, desde nuestro punto de vista, las normas de Derecho Concursal, deben acomodarse a los nuevos postulados del Derecho Concursal europeo²⁴, adaptándose a las nuevas tendencias invocadas por el Derecho Concursal moderno y, sobre todo, a las nuevas necesidades que afloran de todas las relaciones jurídicas que subyacen del propio derecho de la insolvencia, ya que la realidad social y la económica están en constante evolución dentro de una sociedad, por ello, el Derecho Concursal como derecho regulador de estructuras económicas complejas y cambiantes —o mutables— debe estar actualizado y puesto al día de forma constante²⁵. Aunque, en puridad, hay que reconocer que las sucesivas reformas de la Ley Concursal no han tenido mucho éxito al tratar de adaptar el proceso concursal a las nuevas necesidades que plantea el Derecho de la insolvencia con respecto a deudores menores y, además, tampoco, a juicio de la doctrina²⁶, se han introducido soluciones preconcursales para la pequeña y mediana empresa, que les permitiera llegar a una solución extrajudicial y evitar con ello el concurso.

Si no se diera esta continua adaptación a las nuevas situaciones y circunstancias, de nada valdría contar con un régimen legal concursal, pues se daría la paradoja de que contaríamos con una normativa —si se nos permite— *desajustada o desequilibrada* (o, como ya han

²³ VACAS MEDINA, L., “La autonomía del Derecho concursal” en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 1957, pp. 163-204.

²⁴ *Vid.*, íntegramente la Recomendación 2014/135/UE, de 12 de marzo, de la Comisión Europea, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, DOUEL de 14 de marzo de 2014., que curiosamente se publicó siete días después de que se promulgara el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo. “El objetivo de la presente Recomendación es garantizar que las empresas viables con dificultades financieras, cualquiera que sea su ubicación en la unión, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia, que les permitan reestructurarse en un fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia y, por lo tanto, maximizar su valor total para los acreedores, los empleados y los propietarios, así como para el conjunto de la economía. La Recomendación también se propone ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados incurso en procesos de insolvencia en toda la Unión”.

²⁵ *Vid.*, el prólogo redactado por la Profesora PULGAR EZQUERRA en PULGAR (dir.), AAVV, *El concurso de acreedores*, ed. La Ley, Madrid, 2012, p. 29.

²⁶ SÁNCHEZ PAREDES, M^a. L., “Breves reflexiones...”, *op. cit.*, p. 4 *in fine*.

puesto de manifiesto otros autores: caótica, dispersa y manifiestamente superada²⁷), carente de soluciones efectivas a las nuevas necesidades y/o situaciones a las que se enfrentan las sociedades mercantiles en situación de insolvencia y, tampoco se podría dar soluciones jurídicas a determinados problemas subyacentes de todas las relaciones jurídico-procesales que afloran respecto de la declaración judicial de concurso de una sociedad de capital, *verbigratia*: las relaciones jurídicas y los efectos jurídico-procesales que inciden en el patrimonio de la concursada, frente a sus acreedores y, frente a otros terceros afectados por el concurso de la misma²⁸. Pero no solo la anterior es la única causa por la que el legislador concursal debe estar “siempre activo” legislativamente hablando, sino que, además, tiene una verdadera obligación de seguir perfeccionando el ordenamiento jurídico intentando, a la vez, no incrementar la complejidad y falta de armonía del mismo²⁹. Es cierto que, como afirma algún autor³⁰, la jurisprudencia ha contribuido a la depuración, complementación y armonización del Ordenamiento jurídico, pero, cada vez es más difícil que el Tribunal Supremo lo siga haciendo de forma “constante”, pues quizá, no sea esa su función. Por lo tanto, siguiendo la anterior tesis, creemos que en la *voluntas legislatoris* debe estar presente, en todo momento, un cierto afán de perfeccionamiento del Ordenamiento, para intentar resolver o, simplemente, reducir problemas que vayan suscitándose en el *día a día* de la vigencia de las normas; aunque, en todo caso, el legislador no debe contribuir, con ello, a incrementar la complejidad y la falta de armonía del mismo.

En la misma línea, es fácil adivinar que el legislador, además, tiene la obligación de *respetar la ley*, y no solo desde un punto de vista de obediencia formal de los preceptos de la misma, sino que, también, debe *respetar* el mantenimiento de su vigencia evitando normas urgentes y todo tipo de reformas apresuradas que puedan provocar cierta *inseguridad jurídica* en el Ordenamiento³¹. Por ello, la activa voluntad de legislar que debe estar presente en la mente del legislador, tiene como contrapeso, el propio *respeto a la ley*, es decir, el mantenimiento de la vigencia de dichas normas; esta contraposición se hace para evitar que la gran proliferación legislativa de normas y la cantidad de reformas acometidas

²⁷ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., “La reforma del Derecho concursal italiano y el derecho concursal español”, en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. , 2007, p. 317; Ya en 1981, algún autor criticaba, con suma dureza, el viejo sistema concursal existente, afirmando, con todo rigor, que era un sistema confuso y anacrónico enmarañado, y defectuoso, complicado y zigzagueante, *vid.*, en este sentido, el trabajo de GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, N., “Separación y actualización del Derecho concursal y de la jurisdicción voluntaria”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 1-4, 1981, p. 605.

²⁸ *Cfr.*, *in extenso*, los efectos y las relaciones jurídico-procesales subyacentes tras la declaración judicial de concurso en PÉREZ DEL BLANCO, G., *Efectos procesales de la declaración de concurso: la vis atractiva concursal*, ed. Reus, Madrid, 2007, pp. 11 y ss.

²⁹ DE RAMÓN FORÉS, I., “Sobre la necesidad de perfeccionar el ordenamiento jurídico”, en *Diario La Ley*, núm. 7152, Año XXX, 8 abril de 2009, pp. 1 y ss.

³⁰ DE RAMÓN FORÉS, I., “Sobre la necesidad...”, *op. cit.*, pp.1 y ss.

³¹ DE LA OLIVA SANTOS, A., “Respetar la ley”, *op. cit.*

en poco tiempo y de forma apresurada, pueda perjudicar o incidir en la denominada *seguridad jurídica*³².

Antes, incluso, de que se publicara el anteproyecto de reforma de Ley Concursal del año 1983, ya se decía que existía una misión urgente de poner fin al “desbarajuste” de las fuentes existentes (en el ámbito del Derecho Concursal), que por todos era conocido y, por supuesto, censurado³³, pero la urgencia anterior y, la necesidad de crear, en aquella época, una norma autónoma e independiente no significaba que hubiera que utilizar una metodología *rupturista* con la ley vigente en aquella época, ya que lo que no se podía hacer es confundirse y precipitarse, por introducir normas y reformar leyes sin meditación y sin esmero³⁴.

Con la promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, el legislador consiguió dar un “paso de gigante” al haber reformado profundamente la normativa de quiebras existente hasta la fecha, resolviendo la llamativa dispersión legislativa –de la época anterior a la promulgación de la Ley Concursal de 2003– de los procedimientos concursales vigentes en aquella época y, sobre todo, limando determinadas deficiencias que hacían de estos procedimientos unos instrumentos perfectamente ineficaces en la mayoría de los casos³⁵. Ante este nuevo panorama, la doctrina³⁶ venía afirmando que, con la promulgación de la Ley Concursal del año 2003, se había realizado una reforma de carácter global, propiciada por la unanimidad existente entre los redactores de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que eran plenamente conscientes de que se debía derogar en bloque una legislación centenaria, arcaica y manifiestamente superada; además, dicha reforma global fue fruto de un movimiento, de una tendencia a lo largo del tiempo, y no de un cambio abrupto y ocasional³⁷. Por otro lado, hay que decir que no faltaron, en su día –antes, incluso, de la promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio–, meritorios trabajos pre-legislativos dignos de mención como lo fueron el Anteproyecto del Instituto de Estudios Políticos, con la Comisión General de Codificación del 1983 y, la propuesta del anteproyecto de 1995³⁸ que finalmente desembocó

³² ECHEVARRÍA PETIT, J. L., “Seguridad jurídica y proliferación legislativa”, en *Diario La Ley*, núm. 7332, 1 de febrero de 2010, año XXXI, p. 3.

³³ DE LA OLIVA SANTOS, A., y DE LA CUESTA RUTE, J. M., “Algunas orientaciones para la reforma del Derecho Concursal, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 2-3, 1977, p. 644.

³⁴ DE LA OLIVA SANTOS, A., y DE LA CUESTA RUTE, J. M., “Algunas orientaciones...”, *op. cit.*, p. 644.

³⁵ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “Procesos concursales: el concurso de acreedores y la quiebra”, en CORTÉS/GIMENO/MORENO, *Derecho Procesal. Parte especial*, 2ª Edición, ed. Colex, Madrid, 2000, pp. 213-214.

³⁶ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., “La reforma del Derecho concursal...”, *op. cit.*, p. 317.

³⁷ OLIVENCIA RUIZ, M., “Los principios de la reforma concursal”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm., 4, 2004, p. 10.

³⁸ *Vid.*, las ideas básicas de la Propuesta de Anteproyecto de reforma de la Ley Concursal del año 1995, elaborada y redactada por el Profesor ÁNGEL ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, en BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Ideas básicas de la propuesta de anteproyecto de Ley Concursal elaborada por el Profesor Ángel Rojo”, en ESPINA (coord.), *La reforma del Derecho Concursal y la eficiencia económica*, ed. Consejo General de Colegios de Economistas, Madrid, 1991, pp. 309 y ss.

en el anteproyecto de la Sección especial de la comisión concluido en el año 2000, que sería la base de la Ley 22/2003, 9 de julio, concursal³⁹.

Con la Ley Concursal de 2003, por fin se creó un nuevo sistema concursal moderno para dar tratamiento a la insolvencia de las personas físicas y jurídicas⁴⁰, muy distinto de la vieja *praxis*; los pilares fundamentales y los principios básicos de la Ley 22/2003, comenzaron a dejar atrás la antigua dispersión legislativa existente hasta la fecha, puesto que la promulgación de la propia Ley ya suponía un gran avance legislativo “de envergadura”, al concentrar, unificar y aglutinar en un mismo cuerpo normativo, tanto normas de carácter sustantivo como normas de naturaleza procesal aplicables al Derecho de la insolvencia; la *pasividad e inmovilidad* de la *política legislativa* concursal existente hasta la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio concursal, quedaron rápidamente relegadas, ya que el legislador concursal desde los primeros años de vigencia de la ley 22/2003, ha tenido siempre presente un verdadero ímpetu de “perfeccionamiento” y reforma de la Ley Concursal, mostrándose “tremendamente” activo a la hora de proceder a modificar la meritada Ley⁴¹, para limar o reducir posibles distorsiones o, incluso, problemas que se iban suscitando en la práctica forense.

Desde el año 2004⁴² hasta la actualidad, la Ley Concursal ha sido modificada hasta en cinco ocasiones⁴³; ante tal panorama, no es descabellado afirmar, como ya apuntara algún autor⁴⁴, que el legislador concursal no acertó en modular el alcance de sus previsiones a la hora de promulgar la Ley Concursal de 2003; posteriormente, con la aprobación de la segunda reforma, la propia Exposición de Motivos del RD-ley 3/2009, ya apuntaba que la Ley Concursal de 2003 se aprobó en un entorno económico de bonanza económica (completamente distinto al que estamos viviendo actualmente: *de crisis real y financiera*) por ello, la implantación de los importantes principios de unidad legal, de sistema y de disciplina

³⁹ OLIVENCIA RUIZ, M., “Los principios...”, *op. cit.*, p.11.

⁴⁰ OLIVENCIA RUIZ, M., “Las reformas concursales”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 16, 2012, pp. 19-20.

⁴¹ Como lo demuestra el hecho de que la Ley 22/2003, desde su entrada en vigor (el 1 de septiembre de 2004) hasta la actualidad, ha sido reformada hasta en cinco ocasiones. (*Vid.*, más abajo la nota al pie de página núm. 42, donde se relacionan las reformas sufridas por la Ley Concursal desde su entrada en vigor).

⁴² La Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, entró en vigor el 1 de septiembre de 2004, tuvo una *vacatio legis* de algo más de un año.

⁴³ Las modificaciones sufridas por la Ley Concursal, desde su aprobación, han sido operadas por: 1ª) Real Decreto-ley 10/2008, de 12 de diciembre, por el que se adoptan medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas y otras medidas económicas complementarias (con entrada en vigor el día 12 de diciembre de 2008), 2ª) Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, ante la evolución de la situación económica, 3ª) Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, concursal, 4ª) Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización y, por último, 5ª) el Real Decreto-ley 4/2014, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y restructuración de deuda empresarial.

⁴⁴ DAMIÁN MORENO, J., “La declaración de concurso a la luz de las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo (entre la paraconcursalidad y la jurisdiccionalidad del concurso)”, en ARIZA/GALÁN (Coords.), *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, p. 156.

quedaron como un mero *desiderátum* o declaración de intenciones, necesitada, en todo caso, de un cierto “retoque” legal en profundidad, como demostraría el hecho de que en el año 2009, el legislador concursal se vio obligado a acometer una nueva reforma concursal a través de la figura del *Real Decreto-ley*.

Pero, ¡jojo!, la inadecuación de algunas de las previsiones contenidas en la Ley Concursal, modificadas o mejoradas, en cierta medida, por el RD-ley 3/2009, eran modificaciones que ya habían sido sugeridas y propuestas por la doctrina mas especializada⁴⁵, incluso antes de la promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio y, desde luego, “solicitadas” en las numerosas resoluciones jurisdiccionales de los Juzgados de lo mercantil dictadas desde la entrada en vigor de la Ley Concursal, además de la literatura especializada generada a la hora de aproximarse a la reforma de la Ley Concursal⁴⁶.

Se discutió mucho sobre si las medidas introducidas por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, estaban dirigidas a afrontar una concreta situación excepcional de crisis económica o, si por el contrario, dichas medidas venían a ser una verdadera y profunda reforma (encubierta) de la Ley Concursal, llevada a acabo a “golpe” de Decreto-ley⁴⁷. Se dijo, entonces, que la reforma acometida por el Real Decreto-ley 3/2009, no fue una reforma, ni urgente, ni excepcional, puesto que no se daban las características propias de una disposición de esa naturaleza (la urgencia y la excepcionalidad) y, a dichas medidas tampoco se las pudo catalogar de provisionales, puesto que muchas de ellas se introdujeron en la Ley Concursal con vocación de permanencia⁴⁸. Como se defendió por parte del Ministerio de Justicia⁴⁹, la finalidad y la razón de ser del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, era la de abordar únicamente aquellas cuestiones que se consideraban urgentes (entre otras, las refinanciaciones) e introduciendo modificaciones concretas con la finalidad de aclarar aspectos puntuales que en la práctica forense han causado ciertas distorsiones, dejando para una futura reforma concursal –meditada y sosegada– otros aspectos. Aunque,

⁴⁵ *Vid.*, por todos a ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., “La reforma del Derecho Concursal español”, en ROJO (dir.) *La reforma de la legislación concursal*, ed. Marcial Pons/Colegio de Registradores, Madrid, 2003, pp. 87-130.; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “El nuevo Derecho Concursal español”, en la Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 22 de mayo de 2003, en *AA MN*, núm. XLIII, pp. 465-490; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Sobre las preconcursalidad y la prevención de la insolvencia. El mecanismo de alerta preconcursal”, en ROJO (dir.) *La reforma de la legislación concursal*, ed. Marcial Pons/Colegio de Registradores, Madrid, 2003, pp. 9 y ss.

⁴⁶ *Vid.*, BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “La reforma –inarmónica– de la Ley Concursal”, en *AJA*, núm. 775/2009, pp. 1 y ss.

⁴⁷ En este sentido se pronunciaba OLIVENCIA RUIZ, M., “Del concurso en tiempos de crisis: una reforma ortopédica”, en *RCP*, núm. 11, 2009, pp. 23 y ss.

⁴⁸ OLIVENCIA RUIZ, M., “Las reformas concursales”, *op. cit.*, p. 20., en este sentido también parece pronunciarse DAMIÁN MORENO, J., “La declaración de concurso...”, *op. cit.*, p. 157.

⁴⁹ Así se pronunciaba, en su día, Santiago HURTADO IGLESIAS (el que fuera Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia), que explicó que el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, fue fruto del trabajo de un equipo interministerial (Justicia, Hacienda, Trabajo y Presidencia), *vid.*, en BELTRÁN SÁNCHEZ, E., en BELTRÁN-PRENDES (dirs.) *Los problemas de la Ley Concursal*, ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 13.

a juicio de algún autor⁵⁰, dicho Decreto-ley no solucionó los problemas que pretendía resolver y, agravó alguno de los problemas ya existentes, parecía, incluso, que la reforma de 2009 evidenciaba que las soluciones judiciales (*intra muros* concurso) ofrecidas por la Ley Concursal a algunos no les gustaban y, a otros, no les servían⁵¹; a pesar de todo, lo cierto es que, el tiempo iba pasando y ya íbamos por la segunda reforma concursal materializada por la técnica del Decreto-ley⁵².

Como hemos afirmado anteriormente, es idóneo que el Derecho Concursal tradicional pueda ir adaptándose a los nuevos retos del Derecho Concursal moderno, puesto que hoy en día es un Derecho en constante evolución, aunque, también es cierto que, una proliferación *desmedida* de reformas legislativas sobre dicha disciplina, pudiera afectar o, más bien, perjudicar a la *seguridad jurídica* dentro del ámbito del Derecho Concursal.

En este sentido, debemos tener en cuenta que las reformas en el ámbito Concursal, se deben hacer de forma sosegada y no de forma precipitada y/o apresurada, porque si se reforma, siempre y en todo caso, a golpe de Decreto-ley, cada vez que surja cierta “distorsión” legal, podemos convertir el ámbito de lo concursal en un campo abonado de cierta *inseguridad jurídica*, sobre todo, debido, principalmente, al ritmo al que se reforma y, por la técnica de urgencia utilizada (a través de la figura del Real Decreto-ley). Todo lo anterior, es una de las cosas que debe evitar el legislador, puesto que, el hecho de tener la obligación de perfeccionar y pulir el ordenamiento jurídico, no significa que con dicha actitud se deba correr el riesgo de caer en las tan temidas “garras” de la denominada *inseguridad jurídica*, ya que la proliferación incesante de normas y las innumerables reformas legislativas que se dan en nuestro ordenamiento podrían acarrear, como resultado, un Ordenamiento jurídico complejo, creado por numerosas normas, en ocasiones, de escasa calidad legislativa; por ello, hay que buscar un equilibrio entre la verdadera necesidad de reformar y adaptar normas a las nuevas realidades sociales y económicas y, la necesidad de mantener y luchar por la seguridad jurídica del Ordenamiento jurídico⁵³.

Con respecto a la necesidad y oportunidad de la reforma que ahora tratamos, es cierto que, en la actualidad, el número de declaraciones judiciales de concurso es verdaderamente abrumador; se siguen declarando muchas empresas en situación de concurso (disparando con ello la actividad de nuestros juzgados de lo Mercantil) y, lo que es peor, un alto número de esas empresas declaradas en concurso, no suele sobrevivir al proceso concursal, esto es,

⁵⁰ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “La reforma de la Ley Concursal”, en BELTRÁN-CAMPUZANO (coords.), *Materiales de la reforma concursal (2009-2011)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 661.

⁵¹ DAMIÁN MORENO, J., “¿Estorba el Derecho Concursal?”, *op. cit.*

⁵² Recuérdese que la primera reforma sufrida por la Ley Concursal –a través de Decreto-Ley– fue la reforma operada por el RD-Ley 10/2008, de 12 de diciembre, por el que se adoptan medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas y otras medidas económicas complementarias (de entrada en vigor ese mismo día, *vid.*, disposición final 2ª).

⁵³ *Vid.*, REMÓN PEÑALVER, J., “La lucha por la seguridad jurídica”, en *Diario La Ley*, núm. 7000, 28 de abril de 2008, Año XXIX, pp. 1 ss.

no consiguen evitar la solución liquidatoria⁵⁴. A tenor de la explicación anterior, podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que la función *solutoria* del concurso de acreedores⁵⁵ no viene cumpliéndose de forma efectiva en la práctica forense; por ello, no es descabellado aducir que el concurso de acreedores no viene cumpliendo con una de sus principales funciones (la función solutoria). Ante esta situación, es cierto que van surgiendo nuevas ideas que defienden la tesis de que el legislador concursal, en lugar de apostar, en todo caso, por el convenio como solución preferible del concurso de acreedores (para satisfacer a los acreedores), debería replantearse si lo que debe buscar, realmente, es promover la máxima satisfacción de los acreedores como finalidad esencial del concurso (consecución plena de la función solutoria del concurso de acreedores), independientemente de cuál sea la forma de conseguirla o, si por el contrario, lo que persigue es incentivar, decididamente, la “mera reorganización” de empresas en crisis⁵⁶.

Durante los primeros años de rodaje de la Ley, los resultados perseguidos por el legislador concursal del año 2003 no fueron los esperados; por ello, ya, incluso, en el año 2008 se debatía enérgicamente sobre la necesidad de volver a reformar la Ley Concursal, aflorando el debate sobre cual sería la mejor forma de hacerlo: i) una revisión global y general de todos y cada uno de los preceptos o, ii) una reforma –ortopédica– más limitada o moderada de las cuestiones realmente problemáticas de la Ley en estos primeros años de rodaje, sobre todo las normas incluidas en la Ley Concursal que no han resultado ser demasiado claras y han provocado la proliferación de diversas y múltiples interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, que pudieran afectar a la *seguridad jurídica* en materia tan delicada⁵⁷. Ante este dilema, era fácil pensar que lo más operativo sería, como bien afirmaba algún autor⁵⁸, determinar cuales eran las claves concretas para adaptar la Ley a la realidad que tiene que regular. Por lo tanto, esa reforma se perfiló de forma concreta –en palabras del legislador⁵⁹– y no tan traumática a través de una “pequeña reforma” operada por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, cuyo título debía ser, a juicio de algún autor: *de medidas en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación eco-*

⁵⁴ *Vid.*, el segundo párrafo del apartado III de la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

⁵⁵ *Vid.*, a ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Las principales funciones del concurso de acreedores”, en MENÉNDEZ/ROJO (dirs.), AAVV, *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. II, ed. Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2013, p. 492.

⁵⁶ *Vid.*, en este sentido el trabajo de GURREA MARTÍNEZ, A., “La incomprensible preferencia del convenio a la liquidación como solución del concurso de acreedores”, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2400128> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2400128>.

⁵⁷ VICENTE CHULIÁ, F., “Tres años...”, *op.cit.*, pp. 113 y ss.

⁵⁸ VICENTE CHULIÁ, F., “Tres años...”, *op. cit.*, pp. 113 y ss.

⁵⁹ *Vid.*, la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria financiera y concursal ante la evolución de la situación económica.

nómica, en lugar del título que reza en el BOE: *de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica*”⁶⁰.

Dicha norma, dentro del sistema concursal, buscaba como objetivo fundamental “retocar”, si se nos permite la expresión, algunos preceptos y normas concretas que venían provocando ciertas distorsiones en la práctica forense debido a la situación del mercado (la crisis económica que vivía España en dicho momento), esto es, en virtud de la Exposición de motivos del RD-ley 3/2009, de 27 de marzo: () *acometer ya una serie de reformas en aquellos aspectos concretos cuyo tratamiento normativo se ha revelado más inconveniente* () *Las modificaciones contenidas en el presente Real Decreto-Ley pretenden facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia, además de agilizar los trámites procesales, reducir los costes de tramitación, y mejorar la posición de los trabajadores de empresas concursadas que se vean afectadas por procedimientos colectivos*⁶¹.

Como es sabido, posteriormente, se gestó la promulgación de la Ley 38/2011 de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, que perseguía completar la línea de reforma iniciada en virtud del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de *medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica*; en principio, no se concebía como una reforma de carácter radical de la misma, ni mucho menos como un giro copernicano del texto legal vigente⁶², sino que, partiendo y, conservando los mismos principios básicos instaurados en 2003 (principio de unidad legal, de disciplina y de procedimiento) se dijo entonces que, aun no siendo una reforma radical de la Ley Concursal, si se la podía considerar una reforma global, puesto que introduce

⁶⁰ Así lo afirma DAMIÁN MORENO, J., “La declaración de concurso...”, *op. cit.*, p. 157., puesto que, el calificativo de: “urgentes”, se refiere a la propia norma con rango de ley utilizada para operar la reforma, es decir, al propio Real Decreto-Ley, y no a las medidas que introduce dicha norma. Entendemos que el autor realiza esta afirmación por intuir que, las medidas introducidas en dicho Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, no eran tan urgentes como se predicaba, puesto que dichas medidas ya venían siendo necesarias mucho tiempo antes de que se promulgara dicha norma.

⁶¹ Este párrafo sacado literalmente de la Exposición motivos del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, donde se invocan los principales objetivos perseguidos por el legislador ya en 2009; aunque es cierto que este *desiderátum* anterior del legislador de 2009, de alguna manera, se volvía a repetir y a reincidir en el mismo objetivo (el reforzamiento y la incentivación de uso de los acuerdos de refinanciación para sanear y reestructurar empresas en estado de crisis económica) en el apartado III de la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, (...) *El procedimiento concursal español concluye en un alto número de casos en la liquidación del deudor, de modo que la fase preconcursal resulta verdaderamente determinante para la reestructuración financiera de las empresas. A estos efectos, los acuerdos de refinanciación son los instrumentos más adecuados para el establecimiento de nuevos calendarios de amortización y condiciones financieras más acordes con la situación del mercado y de las empresas, a cambio de quitas, esperas y capitalizaciones de deuda* (...).

⁶² *Vid.*, el apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “La reforma de la Ley Concursal”, *op. cit.*, pp. 659 y ss.

una serie de importantes modificaciones que pretenden tanto corregir errores de enfoque detectados en la práctica como colmar las lagunas de la ley.

La propia exposición de motivos de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, reconoce que la Ley de 2003 vino a instaurar un nuevo sistema concursal moderno y unitario para las personas físicas y jurídicas, actualizando de forma global nuestro Derecho Concursal, siempre, teniendo a la vista (como elementos inspiradores, el paréntesis es nuestro) la intensa experiencia y aplicación de la Ley del 2003, el Derecho comparado y su evolución (elemento verdaderamente importante)⁶³. Además, como ya se dijo⁶⁴, esta reforma no se configuraba como un reforma del Derecho Concursal español (en general) sino como una reforma de la Ley 22/2003, 9 de julio, concursal, que se dictó en una época de bonanza económica y, en la actualidad, ante la crisis económica en la que estamos inmersos, necesitaba adaptarse a dicha situación⁶⁵.

Con la promulgación de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, se profundizó, entre otras cosas, en las denominadas “alternativas” al concurso o, si se prefiere, en los denominados institutos preconcursales, intentando ofrecer a las empresas una solución más ágil y económica a su crisis a través de la potenciación de los acuerdos de refinanciación⁶⁶. Además, el legislador pretendía que la solución al tratamiento del estado de insolvencia se diera de forma rápida y enérgica, sin retrasar en el tiempo el tratamiento de la misma, introduciendo para ello, diversas modificaciones procesales (importantes)⁶⁷; es decir, si la situación de insolvencia era inevitable, que se declarara el concurso cuanto antes y que se diera el tratamiento a la misma dentro del proceso concursal, cuyos trámites se simplificaron y agilizaron, favoreciendo la anticipación a la liquidación e, impulsando un verdadero y genuino procedimiento abreviado⁶⁸, además de ofrecer diversas soluciones específicas en la fase común y en el convenio⁶⁹.

El pasado 27 de septiembre de 2013, se promulgó la Ley 14/2013, *de apoyo a los emprendedores y su internacionalización*, que también modificó, entre otras, la Ley Con-

⁶³ *Vid.*, la exposición de motivos de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, en su apartado II; y el trabajo de OLIVENCIA RUIZ, M., “Las reformas de la Ley Concursal”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 16, 2012, p. 18.

⁶⁴ PULGAR EZQUERRA, J., “El concurso de acreedores”, *op. cit.*, p. 29.

⁶⁵ OLIVENCIA RUIZ, M., “Las reformas de la Ley Concursal”, *op. cit.*, p. 4.

⁶⁶ *Vid.*, la Exposición de Motivos de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, en su apartado III; también, con mayor profundidad en PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación*, ed. La Ley, Madrid, 2013, pp. 194 y ss.

⁶⁷ *Vid.*, ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., “Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 16, 2012., pp. 43 y ss.

⁶⁸ Sobre el procedimiento abreviado concursal, ver nuestro trabajo, GARCÍA BARTOLOMÉ, D., “El nuevo procedimiento abreviado concursal tras la Ley 38/2011, de 10 de octubre: ¿perfecta solución al elevado coste temporal del concurso?”, en MENDOZA DÍAZ (coord.), *El Derecho Procesal en la encrucijada entre la modernidad y la tradición*, Libro de Memorias del III Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en Cuba, Marzo de 2013, ISBN: 9789597219071, pp. 10-23.

⁶⁹ *Vid.*, la Exposición de motivos de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, en su apartado IV.

cursal⁷⁰. El afán de reforma legislativa y el “ansia” de perfeccionamiento del legislador concursal se manifestaban en su más amplia expresión. Con la aprobación de Ley 14/2013, pudimos observar la nueva introducción del acuerdo extrajudicial de pagos⁷¹, regulado en su capítulo V, como mecanismo de negociación extrajudicial del pago de las deudas (tanto para personas físicas o, jurídicas, de determinadas características), similar al que existe en otros Ordenamientos de derecho comparado. Lo que pretendía el legislador con la creación de esta ley, es la posibilidad de que el fracaso empresarial (crisis económicas de las personas físicas o jurídicas), no produzca un deterioro y un empobrecimiento que frustre la posibilidad de que los deudores puedan volver a comenzar otro nuevo proyecto, siendo el mismo un medio para aprender y progresar⁷².

A los seis meses de la aprobación de la ley 14/2013, de 27 de septiembre, y cinco días antes de que se publicara en el DOUEL la Recomendación de la Comisión Europea sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial⁷³, se promulgó el Real Decreto-Ley 4/2004, de 7 de marzo, por el que se adoptan *medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial*. Esta última reforma busca, a toda costa, introducir medidas que coadyuven a materializar o a facilitar la refinanciación y la reestructuración de empresas, centrándose en crear un marco legal *preconcurso* que pueda dar tutela a situaciones previas a la insolvencia de las empresas, puesto que la fase preconcurso es la fase decisiva y/o estratégica donde mejor encajan este tipo de acuerdos que eviten la entrada en el concurso y permitan convertir las deudas empresariales en sostenibles. Por todo ello, finalmente, creemos que esta última reforma operada a “golpe” de Real Decreto-ley⁷⁴, era verdaderamente necesaria (aunque no suficiente⁷⁵) –y esperemos

⁷⁰ *Vid.*, por todos, el trabajo de PULGAR EZQUERRA, J., “Refinanciaciones de deuda, emprendedores y segunda oportunidad”, en *Diario La Ley*, núm. 8141, sección doctrina, 4 de septiembre de 2013, Año XXXIV., pp. 1 y ss.

⁷¹ En relación al nuevo acuerdo extrajudicial de pagos, ver, por todos, el trabajo de SENÉS MOTILLA, C., “El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?”, en *Revista de Derecho Civil*, núm. 1, vol. I, enero-marzo 2014, pp. 49-68.

⁷² *Vid.*, la exposición de motivos de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, en su apartado II.

⁷³ *Vid.*, la Recomendación 2014/135/UE de la Comisión, de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, DOUEL de 14 de marzo de 2014.

⁷⁴ Aunque parecer ser que pronto dicho Real Decreto-ley se someterá al procedimiento de convalidación para convertirse en ley. *Cfr.*, el BOE de 26 de marzo de 2014, donde se ha publicado la Resolución de 20 de marzo de la Presidencia del Congreso de los Diputados por el que se ordena la publicación del acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, *por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial*, donde ya se ha anunciado que dicho RD-Ley se va a tramitar como proyecto de Ley por el *procedimiento legislativo de urgencia*.

⁷⁵ En virtud de la Recomendaciones que están haciendo, tanto la Comisión Europea como el Fondo Monetario Internacional (FMI) al Estado español para que adapte la normativa de insolvencia al marco europeo e introduzca un sistema que incentive las refinaciones de pequeñas y medianas empresas (además de los autónomos), ¡es más que probable que haya más reformas concursales a la vista!; *Vid.*, íntegramente la Recomendación 2014/135/UE, de 12 de marzo, de la Comisión Europea, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, DOUEL de 14 de marzo de 2014., que curiosamente se publicó siete días después de que se promulgara el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo. “El objetivo de la presente

que dé resultados en la práctica forense— en nuestro sistema concursal, debido a que, anteriormente, nuestro sistema concursal no gozaba de un verdadero marco legal *preconcursal* (tratamiento preventivo del concurso)⁷⁶, que evitara el concurso, donde se creara un estadio ideal para la negociación extrajudicial (con garantías: homologación de los acuerdos entre deudor y acreedores) de los acuerdos extrajudiciales de refinanciación y, así, también, poder maximizar el valor de los activos de la empresa en situación de insolvencia o, mejor dicho, incluso, de preinsolvencia.

II. EL “MASIVO” RECURSO AL REAL DECRETO-LEY PARA LEGISLAR EN EL ÁMBITO DEL DERECHO CONCURSAL

1. El “mal” uso generalizado del sistema fuentes a la hora de legislar y el recurso “masivo” al Real Decreto-ley para legislar en el ámbito Concursal en tiempos de crisis económica.

En la actualidad no es infrecuente observar, de forma generalizada, el uso reiterado que viene haciendo el legislador del Real Decreto-ley a la hora de acometer reformas o de crear nuevas leyes; este uso generalizado del Real Decreto-ley que vienen haciendo los gobiernos hace que, en ocasiones, los comentaristas nos cuestionemos si, realmente, se está haciendo un buen uso del sistemas de fuentes⁷⁷, es decir, nos preguntamos, si el hecho de querer crear una norma “a toda costa” por la vía de Real Decreto-ley (evitando el debate

Recomendación es garantizar que las empresas viables con dificultades financieras, cualquiera que sea su ubicación en la unión, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia, que les permitan reestructurarse en un fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia y, por lo tanto, maximizar su valor total para los acreedores, los empleados y los propietarios, así como para el conjunto de la economía. La Recomendación también se propone ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados incursos en procesos de insolvencia en toda la Unión”. Y, el Informe del FMI sobre las deficiencias de la Ley Concursal española.

⁷⁶ *Vid.*, por todos, el trabajo de ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A., “La reforma del Derecho Concursal...”, *op. cit.*, p. 107, donde El Profesor ROJO ya venía invocando esa falta de un marco preconcursal preventivo del concurso; y a CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “Las reformas del artículo 5.3 de la Ley Concursal y las modificaciones introducidas por la nueva disposición adicional cuarta de la misma: ¿La figura del precurso?” en ARIZA/GALÁN (coords.), *Reflexiones para la reforma de la Ley Concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, p. 167. *op. cit.*, p. 167. El profesor VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ, volvía a hacer hincapié, años más tarde, en la necesidad de dotar a nuestro sistema concursal, de un tratamiento preventivo del concurso, criticando el hecho de que, allá por el año 2009/2010, todavía no se contara con un verdadero tratamiento legal preventivo de la insolvencia para intentar prevenir esta en determinadas circunstancias.

⁷⁷ Sobre esta cuestión ya nos hemos pronunciado en otro lugar; en aquella ocasión criticábamos el mal uso de las fuentes normativas (en general y en el ámbito concursal en especial) —concretamente, en aquella ocasión, analizábamos un decreto legislativo italiano, concretamente el decreto legislativo 5/2006, de 9 de enero, que entró en vigor el 14 de julio de 2006 dictado por el Gobierno Italiano para reformar la *Legge Fallimentare* italiana, que derogó la *dichiarazione di fallimento ex officio regolada en la Legge fallimentare italiana*— que venían haciendo muchos gobiernos europeos, como por ejemplo: en España, Francia, Italia y Alemania. *Vid.*, nuestro trabajo en PACCHI, S., y GARCÍA BARTOLOMÉ, D., “La intervención y los poderes de disposición del Ministerio Fiscal en el Proceso concursal italiano y español”, en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 28, 2013, p. 267.

parlamentario⁷⁸) es, siempre y en todo caso, adecuado, teniendo en cuenta los límites constitucionales a los que están sometidos los Reales Decretos-leyes⁷⁹, puesto que la *urgencia* y la *rapidez* con que se aprueban y se modifican normas por esta vía, podría instaurar cierta *inseguridad jurídica* a los operadores⁸⁰, provocada, en cierta medida, por una proliferación legislativa *desmedida*⁸¹, la corta duración de las normas como consecuencia de la ligereza con que se elaboraron, la aprobación de normas poco meditadas o exclusivamente pensadas en referencia a una concreta situación presente e, incluso, por sustituciones de unas leyes por otras sin una justificación convincente⁸².

Siguiendo con las ideas anteriores y en conexión con la proliferación normativa –vía Real Decreto-ley– que se da en la actualidad, no se debe olvidar que el *respeto a la ley* no debe quedar (como ya hemos afirmado), solamente, en el propio respeto formal a sus postulados y contenidos (*rectius*: obediencia formal a los preceptos de una norma), sino que, además, también debe prevalecer, en todo momento, el respeto al mantenimiento de la *vigencia de la ley*, evitando, en la medida de lo posible, normas urgentes y reformas verdaderamente apresuradas⁸³. Por eso el Legislador o, mejor dicho, el Gobierno “de turno” que haga uso de la figura del Real Decreto-ley, deberá hacerlo de forma medida y con cierto control, ya que, como bien apunta la doctrina del Tribunal Constitucional: “el presupuesto habilitante: *extraordinaria y urgente necesidad*, no es, en ningún caso, una cláusula o expresión vacía de contenido y significado dentro del cual el Gobierno pueda moverse sin restricción alguna⁸⁴”.

El propio *Real Decreto-ley* viene a ser un una fuente de producción legislativa que, junto al *Decreto legislativo*, permite al Gobierno la posibilidad de adoptar normas de eficacia equiparada a la Ley (art. 86 CE)⁸⁵. En este sentido, durante los últimos diez años, desde que se promulgara la Ley Concursal de 2003, el legislador concursal ha venido haciendo un uso, si se nos permite, “frecuente” y “reiterado” (posiblemente masivo) del Real Decreto-ley a

⁷⁸ Un uso “masivo” y, si se nos permite, “abusivo” del Real Decreto-Ley a la hora de reformar o crear normas, pudiera parecer que busca eludir, no solo el debate parlamentario sobre la normativa que se pretende introducir, sino que, también, las propias enmiendas que pudiera plantear la oposición e, incluso, la propia publicidad de los medios de información y su repercusión en la sociedad, sobre la normativa que se pretende aprobar.

⁷⁹ Cfr., en BALAGUER CALLEJÓN, F., en BALAGUER (coord.), AAVV, *Manual de Derecho Constitucional*, vol. I, ed. Tecnos, Madrid, 2013, pp. 159-161.

⁸⁰ *Vid.*, la reciente noticia publicada en el Diario El Economista: “Los expertos ven inseguridad jurídica en la reforma de los acuerdos preconcursales”, introducida por el real decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, del pasado 15 de marzo de 2014.

⁸¹ ECHEVARRIA PETIT, J. L., “Seguridad jurídica...”, *op. cit.*, pp. 1 y ss.

⁸² DE LA OLIVA SANTOS, A., “Respetar la ley”, *op. cit.*, p. 93.

⁸³ DE LA OLIVA SANTOS, A., “Respetar la ley”, *op. cit.*, pp. 92-93.

⁸⁴ *Vid.*, entre otras, la importante sentencia: STC 68/2007, de 28 de marzo, en su FJ 12.

⁸⁵ *Vid.*, con carácter general en JIMÉNEZ CAMPO, J., “Decreto Ley”, en ARAGÓN REYES (coord.), AAVV, *Temas básicos de Derecho Constitucional*, ed. Civitas, Madrid, 2001, pp. 33 y ss.; BALAGUER CALLEJÓN, F., *Manual de Derecho Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 157 y ss.

la hora de ir reformando la Ley Concursal⁸⁶, evitando con ello, el debate parlamentario y, el trámite de enmiendas en el que podría intervenir la oposición.

Como es sabido, en los tiempos de crisis económica cambia el escenario socio-económico y afloran nuevos problemas y necesidades que precisan la aparición de medidas urgentes de *extraordinaria necesidad* para dotar al Ordenamiento de adecuados cuerpos normativos que puedan ofrecer efectivos tratamientos legales en todas las materias que lo requieran; en conexión con lo anterior, pudiera parecer que el legislador concursal, ante la situación de crisis que venimos sufriendo, se ha visto obligado a usar “masivamente” el Real Decreto-ley para gestionar la actual coyuntura de crisis económica y financiera en la que se haya inmersa España desde el año 2008⁸⁷; por ello, entendemos que el legislador concursal, sin querer resolver las crisis económica con la propia Ley Concursal⁸⁸ (al menos, a nuestro juicio, y siguiendo a la doctrina⁸⁹, ese no debe ser el objeto de las reformas acometidas; no se debe utilizar las reformas de la Ley Concursal para resolver la crisis económica actual que azota a España) utiliza de forma “masiva” el Real Decreto-ley para introducir medidas urgentes y acometer las reformas pertinentes en materia de Derecho de la insolvencia, entre otras, dando una solución y un tratamiento urgente a todos los problemas que se han venido suscitando durante los primeros diez años de rodaje de la Ley Concursal de 2003, ya que la misma, fue promulgada en una época de bonanza económica, con un panorama económico totalmente distinto al actual⁹⁰.

Por todo ello, creemos que, debido a la gran avalancha de concursos declarados desde que comenzó la crisis (2007/2008) y, las diversas distorsiones y problemas que generaban algunos de los preceptos de la Ley Concursal a la hora de aplicarlos en la práctica, se hacía necesario, el uso reiterado de Real Decreto-ley para introducir medidas urgentes que paliaran los problemas que afloraban en los primeros años de vigencia de la Ley Concursal, pero siempre y cuando, el Gobierno “de turno” lo utilizara con control y respeto hacia los límites establecidos en la Constitución (art. 86 CE).

⁸⁶ En este aspecto, podemos decir que diversas reformas de la Ley Concursal han sido operadas por Reales Decretos-leyes: 1ª) Real Decreto-ley 10/2008, de 12 de diciembre, por el que se adoptan medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas y otras medidas económicas complementarias (con entrada en vigor el día 12 de diciembre de 2008), 2ª) Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, ante la evolución de la situación económica, 3ª) el Real Decreto-ley 4/2014, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y restructuración de deuda empresarial. Por otro lado, como es sabido, las otras dos reformas (restantes) sufridas por la Ley Concursal fueron aprobadas por Ley, *verbi gratia*: la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, concursal y, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

⁸⁷ CARMONA CONTRERAS, A. M., “El Decreto-ley en tiempos de crisis”, en *Revista catalana de Dret públic*, núm. 47, 2013, pp. 1-20.

⁸⁸ *Vid.*, BISBAL MÉNDEZ, J., “Leyes concursales o Derecho concursal”, en *Diario La Ley*, núm. 7714, 13 de octubre de 2011, Año XXXII, pp. 1 y ss.

⁸⁹ *Vid.*, BISBAL MÉNDEZ, J., “Leyes concursales...”, *op. cit.*, pp.1 y ss.

⁹⁰ *Vid.*, PULGAR EZQUERRA, J., “Protección de las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex artículo 5.3 de la Ley Concursal en el marco del RDL 3/2009”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 11, 2009, p. 46.; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “La reforma de la Ley Concursal”, *op. cit.*, p. 661.

Para culminar la anterior justificación, no está demás recordar que, el Gobierno puede, en todo caso, utilizar esta fuente de producción normativa para legislar en el ámbito concursal, siempre y cuando, se den determinadas circunstancias, es decir, tiene que existir, en primer lugar, i) *el presupuesto habilitante*: una verdadera y efectiva *urgencia y una extraordinaria necesidad* para que se pueda normar por la vía del Real Decreto-ley (parece que en el ámbito concursal si se daba dicho presupuesto habilitante); ii) la utilización de esta fuente está limitada materialmente, es decir, el Real Decreto-ley solo es apto para legislar determinadas materias; otras materias lo tendrían completamente “vedado” (en el ámbito de lo concursal, las medidas urgentes jurídicas, económicas, fiscales y/o sociales que coadyuven a las empresas a reestructurar y refinanciar su deuda, parece que si son aptas para ser reguladas vía Real Decreto-ley). Finalmente, estaría el último límite, iii) que sería el temporal; los Reales Decretos-leyes son fuentes que regulan normas con un marcado *carácter provisional*, puesto que, para que no pierdan su validez, los mismos deben ser convalidados por el Congreso de los diputados en el plazo de treinta días desde su publicación en el BOE, no valiendo la “mera” *inactividad* del Congreso para su *efectiva* convalidación, sino que, se exige un pronunciamiento *expreso* por parte del mismo (art. 86.2 CE). Posteriormente, será necesario que dicho acuerdo de convalidación sea publicado en el BOE (art. 151.6 RCDi). Además, en ese mismo plazo, se debe instar o promover la conversión del Real Decreto-ley en Ley por el procedimiento legislativo de *urgencia* para que este no deje de estar vigente dentro del Ordenamiento jurídico. En este sentido, tenemos que decir que el Gobierno ya ha publicado en el anuncio de convalidación que el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, será tramitado (conversión a ley) como Proyecto de Ley por el *procedimiento de urgencia*⁹¹.

III. PRIMERA TOMA DE CONTACTO CON ALGUNAS DE LAS MODIFICACIONES CONCURSALES INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO-LEY 4/2014, DE 7 DE MARZO

1. La nueva modificación del artículo 5 bis de la Ley Concursal

A. *La paralización y/o suspensión de las ejecuciones judiciales de bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor*

Como ya hemos dicho en otro lugar⁹², una de las instituciones preconcursales que más necesitaba “reforzar” el legislador concursal en las últimas reformas era la del “precurso”

⁹¹ Cfr., el BOE de 26 de marzo de 2014, donde se ha publicado la Resolución de 20 de marzo de la Presidencia del Congreso de los Diputados por el que se ordena la publicación del acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, *por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial*, donde ya se ha anunciado que dicho RD-ley se va a tramitar como proyecto de Ley por el *procedimiento legislativo de urgencia*.

⁹² Vid., GARCÍA BARTOLOMÉ, D., “El deseado reforzamiento del pre-concurso en la reforma de la Ley Concursal”, en *Diario económico Expansión, sección de opinión*, 10 de enero de 2011. Donde apuntábamos

(antiguo art. 5.3, ahora art. 5 *bis* de la Ley Concursal). Parece que esta última reforma del artículo 5 *bis* ha venido a cumplir aquel postulado de refuerzo que ya entonces invocábamos y, además, ha introducido muchas de las medidas y mejoras que ya se venían reclamando anteriormente por toda la doctrina⁹³.

Una de las nuevas medidas introducidas en la nueva redacción del artículo 5 *bis* de la Ley Concursal que mayor trascendencia pueda tener en la práctica forense –debido a los efectos beneficiosos que pueda producir en sede preconcursal y las dudas interpretativas que pueda generar a la hora de aplicarla– es la paralización y/o suspensión de las ejecuciones (*automatic stay*) de bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor durante la fase de negociaciones preconcursales (*ex art. 5 bis*). Dentro de esa batería de nuevas medidas incluidas en dicho precepto nos encontramos, a nuestro juicio, con la medida *más interesante de la reforma* por los efectos beneficiosos⁹⁴ que pueden producir a las empresas que soliciten o insten la comunicación del inicio de negociaciones (*ex art. 5 bis* LC); nos estamos refiriendo a la prohibición “expresa” de iniciar ejecuciones judiciales de bienes que resulten necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor desde la presentación de la comunicación hasta que: i) se formalice el acuerdo de refinanciación (art. 71 *bis* 1. LC), ii) se dicte providencia en la que se admita a trámite una solicitud de homologación de un acuerdo de refinanciación, iii) se adopte un acuerdo extrajudicial de pagos (AEP), iiiii) se hayan obtenido adhesiones a una propuesta anticipada de convenio o, iiiiii) tenga lugar la declaración judicial de concurso⁹⁵.

Cuando las ejecuciones sobre dichos bienes –necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor– estén *litispendentes* (en tramitación), serán suspendidas *ipso iure*, con la misma resolución del secretario judicial en la que conste la existencia de la *comunicación de negociaciones* del artículo 5 *bis*⁹⁶.

los beneficios del precurso y las medidas que se debían introducir para conseguir que el precurso se convirtiera en una institución preconcursal completa.

⁹³ *Vid.*, por todos a FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., “Las soluciones preconcursales”, en FDEZ. RODRÍGUEZ-SÁNCHEZ ÁLVAREZ (coords.), *Crisis empresarial y concurso: comentarios legales*, ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 47 y ss.; GARCÍA BARTOLOMÉ, D., “El deseado reforzamiento...”, *op. cit.*

⁹⁴ Aunque también es cierto que esta nueva medida puede tornarse “perversa”, si se analiza la facilidad con la que cualquier deudor puede acogerse a ella; solamente necesita presentar formalmente el escrito de solicitud del inicio de negociaciones (*ex art. 5 bis* LC) ante el juzgado competente, para poder paralizar y/o suspender las ejecuciones judiciales sobre bienes que sean necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor común, sin necesidad de acreditar, en dicho escrito, su estado de insolvencia o, el inicio de las negociaciones preconcursales con los acreedores; la facilidad con la que se puede acoger cualquier deudor a la paralización y/o suspensión de las ejecuciones judiciales dentro del precurso, en *fraude de ley*, con la única intención de evitar que los acreedores puedan ejecutar sus posiciones crediticias. En un futuro no muy lejano, creemos que esta medida podría convertirse en un verdadero semillero de problemas, al menos, en sede procesal.

⁹⁵ *Vid.*, CABANAS TREJO, R., “Las garantías reales en el precurso de acreedores”, en *Diario La Ley*, núm. 8317, 23 de mayo, año XXXV, pp. 5 y ss.

⁹⁶ *Vid.*, CABANAS TREJO, R., “Las garantías reales...”, *op. cit.*, pp. 5 y ss.

Como podemos ver, esta medida parece que pudiera generar grandes ventajas a las empresas que se hayan acogido a la comunicación de negociaciones (*ex art. 5 bis*), ya que, con dicha paralización/suspensión se garantiza que, mientras intentan negociar con los acreedores –i) un acuerdo de refinanciación, ii) unas adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, iii) un acuerdo extrajudicial de pagos o, ii) tenga lugar la declaración judicial de concurso– los bienes del deudor necesarios para la actividad empresarial no podrán ser objeto de ejecución, al menos, hasta que no se formalice alguno de los anteriores (*ex art. 5 bis 4*); esta medida evita el problema que se daba anteriormente en muchos de los procedimientos de negociación (al margen del concurso) para conseguir formalizar un acuerdo de refinanciación con los acreedores, ya que mientras se estaba negociando, algunos acreedores (minoritarios, disidentes, etc.) instaban, por su cuenta y riesgo, la ejecución de sus créditos frente al patrimonio del deudor, provocando el “desmembramiento” del propio patrimonio del deudor, quedando, si se nos permite, verdaderamente “descuartizado” o “mancillado”, es decir, cuando en la antigua regulación nos encontrábamos con esta situación, las empresas fracasaban en la consecución del acuerdo de refinanciación y, si lo llegaban a conseguir, en muchas de las ocasiones los acreedores disidentes o minoritarios con sus ejecuciones, dejaban el patrimonio del deudor verdaderamente mancillado y debilitado con escasas expectativas para formalizar y/o afrontar con éxito la ejecución de un acuerdo de refinanciación; además, antes de esta última reforma, en el caso de que, una vez transcurrido los plazos del *preconcurso*, se solicitara la declaración judicial de concurso como prescribía el derogado artículo 5 *bis* 4 de la Ley Concursal, el deudor incoaba el procedimiento concursal con escasas expectativas de éxito a la hora de pensar en la solución convenida del mismo, puesto que, podría darse la paradójica situación de que las ejecuciones sobre bienes afectos a la actividad empresarial se hubieran materializado antes, incluso, de la declaración judicial de concurso, y, por ende, el mantenimiento de dicha actividad devendría imposible.

Según el contenido del apartado 4º del artículo 5 *bis*, no será posible iniciar o, en su caso, quedarán suspendidas *ipso iure* las ejecuciones singulares promovidas por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la nueva redacción de la *disposición adicional cuarta*, siempre y cuando, se justifique que un porcentaje no inferior al 51 por ciento de los pasivos financieros apoye *expresamente* las negociaciones para la consecución de un acuerdo de refinanciación, comprometiéndose, por un lado, los acreedores –intervinientes– a no iniciar ni continuar ejecuciones individuales frente al deudor durante dicha negociación y, por otro lado, el deudor se compromete a no solicitar la declaración judicial de concurso mientras dure la negociación (pacto de *stand still* legal).

B. *Limites a la paralización y suspensión de las ejecuciones judiciales sobre bienes necesarios para la actividad profesional o empresarial desde la fase preconcursal (ex art. 5 bis)*

La suspensión y/o paralización de las ejecuciones judiciales (*ex art. 5 bis*) no opera en todos los casos; la nueva regulación establece algunas limitaciones⁹⁷ que comentamos a continuación; el primer límite que establece la norma consiste en que los acreedores con garantía real sobre alguno de los bienes de deudor común, podrán ejercitar la acción real sobre los mismos, sin perjuicio de que dichas acciones (una vez estén ejercitadas o incoadas) queden paralizadas durante los plazos establecidos en el primer apartado del apartado 4º del artículo 5 *bis*. Por lo tanto, lo que viene a decirnos la norma es que, las entidades financieras podrán ejercitar la acción real frente al bien sujeto a garantía real (podrán incoar), pero éstas quedaran en suspenso (una vez estén *listispendentes*), cuando dichos bienes sean necesarios para la actividad empresarial del deudor o, bien, el 51 por ciento del pasivo que titule garantías reales hubiera apoyado expresamente el inicio de negociaciones (*ex art. 5 bis*)⁹⁸; las ejecuciones judiciales suspendidas reanudarán su tramitación una vez que hayan transcurrido los plazos previstos en el apartado 4º del artículo 5 *bis*⁹⁹, esto es, hasta que, i) no se haya conseguido formalizar el acuerdo de refinanciación del artículo 71.1 *bis*, ii) hasta que no se dicte providencia de admisión a trámite de la homologación de un acuerdo de refinanciación, iii) se adopte un acuerdo extrajudicial, iiiii) o se obtengan adhesiones para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio.

Otra cuestión que no queda nada clara con la reforma es si, esta paralización o suspensión, opera en los acuerdos de refinanciación de la disposición adicional cuarta (aprobados con el 51% de los acreedores financieros); realmente, no queda muy claro si solo se aplica a las ejecuciones de bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor o, si por el contrario se aplica, también, a todas las ejecuciones en general. En este sentido, aunque puedan existir dudas¹⁰⁰, entendemos que, si lo que se pretende es que las empresas puedan negociar con garantías de éxito (con la tranquilidad de no ver su patrimonio “esquilnado” por las ejecuciones judiciales instadas por los acreedores, en sede

⁹⁷ *Vid.*, ARIAS VARONA, FCO. J., “El Real Decreto-ley 4/2014 de reforma de la Ley Concursal”, en *Boletín Mercantil de CMS Albiñana & Suárez de Lezo*, núm. 16, enero-marzo 2014, pp. 4 y ss.

⁹⁸ *Vid.*, SÁNCHEZ PAREDES, M^a. L., “Breves reflexiones...”, *op. cit.*, p. 3.

⁹⁹ Estos plazos nos recuerdan a los mismos plazos que se regulaban en el artículo 56 de la Ley Concursal (puesto que la regla se saca de este precepto), donde se establecía la paralización de las ejecuciones judiciales sobre bienes con garantía real y asimilados, por el plazo de un año o, hasta que se abriera la fase de convenio o, la de liquidación, en los casos que el plazo fuera inferior al del año.

¹⁰⁰ *Vid.*, ARIAS VARONA, FCO. J., “El Real decreto-ley 4/2014...”, *op. cit.*, p. 4., que también pone de manifiesto que los acreedores con garantía real retienen su derecho a ejecución individual, sin perjuicio de la aplicación del artículo 56 de la Ley (una vez incoado el concurso); tampoco en este caso se dice nada sobre si este derecho, que beneficia a los acreedores con garantía real, se refiere solo a los bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial o, si por el contrario se extiende a cualquier bien del deudor.

de *preconcurso*), sería deseable que esa paralización y/o suspensión de las ejecuciones fuera tanto de los bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial como de los demás bienes *no necesarios*¹⁰¹.

El segundo de los límites que introduce la última reforma consiste en que la paralización o la suspensión de las ejecuciones previstas en el nuevo artículo 5 *bis*, no afectarán, en ningún caso, a las ejecuciones que tengan por objeto hacer efectivos los créditos de Derecho Público. En este caso estamos de acuerdo en lo que ya ha puesto de manifiesto alguna autora¹⁰² con respecto al anterior límite; es decir, no se llega a entender la exclusión de este sistema de paralización y/o suspensión de las ejecuciones judiciales activadas por litigios en los que se ventilen créditos públicos, puesto que si observamos el panorama empresarial español compuesto, en su mayor medida, por pequeñas y medianas empresas (pymes), cuyas deudas están conformadas, en mayor medida, por deudas con las Administraciones Públicas (*verbigratia*: FOGASA, Agencia Tributaria, Seguridad Social, etc.), por lo que, parece que las pequeñas y medianas empresas quedarán fuera de la posibilidad de acogerse a estos acuerdos (*ex art. 5 bis*), ya que ante la imposibilidad de que dichos pasivos sean aminorados y ante la previsible negativa de asunción por parte de las entidades financieras, las pequeñas y medianas empresas (pymes) se verán abocadas al proceso concursal, que tampoco viene ofreciendo soluciones adecuadas, puesto que el mismo, parece destinado a las grandes empresas.

El tercero de los límites que ha venido a introducir la reforma en el apartado 5º del artículo 5 *bis*, es la limitación de las solicitudes del inicio de negociaciones (*ex art. 5 bis*); en este sentido, una vez formulada por el deudor la solicitud de comunicación del inicio de negociaciones (*ex art. 5 bis*), no se podrá instar otra solicitud por el mismo deudor hasta que no haya transcurrido el plazo de un año (*art. 5 bis 5*). En la anterior regulación del artículo 5 *bis*, no se preveía ni exigía límite temporal alguno entre la diversas solicitudes instadas del inicio de negociaciones (*ex art. 5 bis*).

C. *La publicidad de las solicitudes de comunicación del inicio de negociaciones (ex art. 5 bis LC)*

La nueva redacción del apartado tercero del artículo 5 *bis*, prevé que el secretario judicial ordenará la publicación en el Registro Público Concursal del extracto de la resolución por la que se deje constancia de la comunicación presentada por el deudor, o, en los casos en los que estemos ante un acuerdo extrajudicial de pagos, será el Registrador Mercantil o el Notario los que se ocupen de dicha publicidad siguiendo lo prescrito en el vigente Reglamento del Registro Público Concursal. A pesar de todo lo anterior, el deudor acogido al concurso (*ex art. 5 bis*), podrá solicitar expresamente –en la propia petición de comunicación del inicio de negociaciones *ex art. 5 bis*– el carácter reservado de dicha comunicación, para intentar negociar tranquilamente con sus acreedores sin que se sepa que ha solicitado dicha comuni-

¹⁰¹ *Vid.*, PULGAR EZQUERRA, J., “Refinanciación, reestructuración...”, *op. cit.*, pp. 1 y ss.

¹⁰² *Vid.*, en SÁNCHEZ PAREDES, Mª. L., “Breves reflexiones...”, *op. cit.*, p. 4.

cación (reservada y confidencial). Ante esta petición por parte del deudor, no se ordenará la publicación del extracto de la comunicación, evitando con ello (a nuestro entender), que los acreedores al conocer dicha comunicación puedan ponerse “nerviosos” e intenten presionar al deudor (dinamitando y haciendo fracasar la negociación preconcursal) hasta el punto de que el deudor pueda sufrir lo que se viene denominando como *concurso fáctico*.

Creemos que esta medida, que permite solicitar al deudor la no publicación —en el Registro Público Concursal— el extracto de la comunicación de precurso (ex art. 5 bis) hasta no se culminen las negociaciones preconcursales, será un gran instrumento que dote de la necesaria confidencialidad que faltaba a las comunicaciones de negociaciones preconcursales (ex art. 5 bis) que se venían realizando con la normativa anterior; el buen uso de esta medida podrá coadyuvar a que las negociaciones preconcursales (ex art. 5 bis) no fracasen y puedan llegar a culminarse en aras a la remoción de la insolvencia, la prevención del concurso, la satisfacción de los acreedores y, por supuesto, la propia conservación de la empresa. Finalmente, otra norma afectada por esta modificación preconcursal ha sido el artículo 568 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, por el que no se dictará auto despachando ejecución cuando conste al tribunal que el demandado está declarado en concurso o se haya solicitado comunicación (ex art. 5 bis) y, respecto a los bienes determinados en dicho artículo. En este caso, cuando la ejecución afecte a bienes con garantía real, se tendrá por iniciada la ejecución a los efectos del artículo 57.3 de la Ley Concursal para el caso que sobrevenga la situación de concurso a pesar de la falta de despacho de ejecución (Disp., final 1ª).

D. Algunos problemas que puede plantear la aplicación de las nuevas medidas introducidas por el artículo 5 bis de la Ley Concursal

A pesar de las posibles ventajas que puedan suponer dichas medidas, también nos aventuramos a afirmar que las mismas pueden plantear ciertos problemas a la hora de aplicarlas en la práctica, sobre todo, por cuestiones que, expresamente, no vienen resueltas por el tenor literal del artículo 5 bis; enunciamos, a continuación, algunos de los posibles problemas que se pueden plantear: en primer lugar, habrá que determinar quien es el juez competente —el juez de primera instancia o el juez de lo mercantil— para decidir si un bien es o no necesario para la actividad profesional o empresarial del deudor. Ante tal cuestión y, desde nuestro punto de vista, nos inclinamos a pensar que el Juez competente para decidir si un bien es o no afecto a la actividad empresarial, sería el juez de lo mercantil competente para declarar el (posterior/ulterior) concurso, pero es cierto que no la norma no lo prescribe expresamente¹⁰³. En este sentido, ya se ha insinuado que la posibilidad de que el juez de

¹⁰³ El artículo 56.5 de la Ley Concursal otorga competencia al Juez del concurso para determinar si un bien resulta necesario para la actividad profesional o empresarial del deudor, mientras que el artículo 5 bis, no dice nada al respecto. En este sentido, parece comprensible que en el ámbito del 5 bis, sea también el juez del concurso el que deba pronunciarse sobre dicha cuestión.

primera instancia que siga la ejecución contra el patrimonio de la concursada, pueda entrar a valorar todos los presupuestos que se deben dar en la solicitud del artículo 5 *bis*, debía quedar fuera de sus competencias¹⁰⁴. Otro de los posibles problemas que se pudiera suscitar, radica, a nuestro entender, en la presunta “facilidad” con la que cualquier deudor podrá paralizar y/o suspender las ejecuciones judiciales sobre bienes necesarios para su actividad empresarial, con la “mera” presentación de la comunicación del inicio de negociaciones a través de lo previsto en el artículo 5 *bis* de la Ley Concursal, sin la carga de probar ningún extremo –acreditación del estado de insolvencia (ya sea actual o inminente) o, la acreditación del inicio de negociaciones preconcursales con los acreedores–.

Aquí, en este sentido, como podemos observar, vuelve a aflorar uno de los viejos problemas que se planteaban con la vigencia del derogado artículo 5.3 de la Ley Concursal, que consistía en ver si, a la hora de comunicar al Juez competente el inicio de negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, obtener la moratoria del deber de solicitud de concurso, era necesario acreditar en dicha petición el estado de insolvencia actual y/o el inicio de las negociaciones con los acreedores o, si el deudor estaba, realmente, incurso en las prohibiciones del artículo 105 de la Ley Concursal; la doctrina jurisprudencial minoritaria¹⁰⁵ entendía que había que acreditar dichos extremos en la solicitud para poder aprovecharse de los efectos que producía la presentación de la comunicación del inicio de las negociaciones (tesis procesalista-más restringida), pero, la doctrina jurisprudencial mayoritaria, en casi todas las plazas¹⁰⁶, entendía que no era necesario acreditar ninguno de los extremos anteriores, simplemente con la “mera” presentación de la comunicación del inicio de negociaciones se podía obtener el beneficio de la moratoria temporal de seis meses (2+3+1) y la modulación (*rectius*: suspensión) del deber de solicitud de concurso (art. 5.1 LC), que otorgaba la “mera” admisión a trámite de la comunicación (ex art. 5.3 LC).

Como ya hemos dicho, es cierto que llama la atención la facilidad con la que cualquier deudor podrá utilizar la “mera” presentación formal de la comunicación del inicio de nego-

¹⁰⁴ *Vid.*, NIETO DELGADO, C., “Comunicaciones del artículo 5 *bis* de la Ley Concursal y síndrome de Münchausen”, en *Diario El Economista*, 7 abril 2014. En el que el autor, refiriéndose a la posibilidad de que el juez de primera instancia que siga la ejecución sobre el patrimonio de la concursada deba pronunciarse sobre todos y cada uno de los presupuestos del 5 *bis*, entre los que está: *la competencia para decidir si un bien es necesario para la continuidad profesional o empresarial del deudor*, nos insinúa, con cierta ironía, que realmente estas cuestiones entran dentro de las competencias del juez del concurso aduciendo la siguiente expresión: ¡Demasiadas tareas concursales para el sufrido juez de primer instancia!; en sentido contrario, parece pronunciarse PULGAR EZQUERRA, J., “Financiación...”, *op. cit.*, p. 6., que parece entender que la solicitud de comunicación (ex art. 5 *bis*), viene a ser un acto de jurisdicción voluntaria, y si se otorgase dicha competencia al juez del concurso se estaría ampliando innecesariamente su ámbito de competencias.

¹⁰⁵ *Vid.*, la tesis restrictiva o procesalista en el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Badajoz, de 11 de mayo de 2009 y el Auto del Juzgado de lo Mercantil, de 11 de mayo. Que vienen a exigir la acreditación del estado de insolvencia actual y que el deudor no está incurso en ninguna de las prohibiciones del artículo 105 LC.

¹⁰⁶ *Vid.*, en este sentido la tesis amplia en las famosas sentencias del Juzgado de lo Mercantil, núm. 2 de Madrid, de 18 de mayo de 2009, y el Auto del Juzgado de lo Mercantil, núm. 8 de Barcelona, de 11 de mayo de 2009, que vienen a decir que no es necesario acreditar el estado de insolvencia actual del deudor ni el inicio de las negociaciones con los acreedores.

ciaciones (*ex art. 5 bis*), con la única intención de paralizar y/o suspender las ejecuciones judiciales sobre los bienes necesarios para su actividad profesional o empresarial; en esta línea todavía es pronto para anticipar conclusiones, por eso tendremos que esperar a las posibles interpretaciones que puedan hacer los tribunales sobre estas cuestiones conflictivas, para comprobar el buen uso de dicha media por parte de los deudores y, ver si realmente, los deudores la utilizarán para su verdadera finalidad, esto es, la culminación efectiva de las negociaciones para refinanciar la deuda, evitando la entrada al proceso concursal o, si, simplemente, lo utilizarán para provocar una *dilación temporal estratégica* del proceso concursal o *huida hacia delante*, provocando serios perjuicios a los acreedores.

2. Nueva prohibición en el ámbito del órgano de administración concursal

La nueva reforma también retoca el contenido del apartado 6º del artículo 28 de la Ley Concursal, cuya nueva redacción veta la posibilidad de que se nombre como administrador concursal al experto independiente que haya participado y/o emitido el informe al que se refiere el artículo 71 *bis* 4 de la Ley Concursal, por lo tanto, cuando un experto independiente –nombrado por el propio deudor o, por los acreedores firmantes del acuerdo– haya informado sobre el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad presentado por el deudor (sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a las condiciones normales del mercado en el momento de la firma del acuerdo) para la formalización de un acuerdo de refinanciación, no podrá ser, en ningún caso, nombrado administrador concursal de la concursada en el concurso de acreedores posterior.

3. Nuevos cambios en materia de acciones rescisorias concursales

En lo que respecta a la materia de acciones de reintegración de la masa, se introduce un nuevo inciso en el artículo 72.2 de la Ley Concursal, que viene a decir que cuando se plantee la posibilidad de instar una acción rescisoria contra un acuerdo de refinanciación, el órgano de administración concursal, único legitimado activamente en estos casos para instar la rescisoria (no se aplica la legitimación subsidiaria de los acreedores, *ex art. 72.2 in fine*), solo podrá fundar las mismas en los incumplimientos de las condiciones previstas en el artículo 71 de la Ley Concursal, correspondiendo la carga de la prueba al órgano de administración concursal.

Otra de las medidas introducidas por el RD-ley en esta materia es la nueva redacción del artículo 71 *bis*, que ahora, también, prevé que *no serán* rescindibles aquellos acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor o, cualquier negocio jurídico, acto o pago, cualquiera que sea la naturaleza y la forma en que se hubieran realizado y, las garantías en ejecución de los mismos cuando, con anterioridad a la declaración judicial de concurso se

emita certificación de auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo exigida para la adopción de acuerdo.

En caso de que no hubiera auditor designado al efecto, aquél deberá ser nombrado por el Registrador Mercantil del domicilio del deudor y, si fuera un grupo de empresas, lo designará el Registrador Mercantil del domicilio de la sociedad matriz; *tampoco serán rescindibles* aquellos actos realizados antes de la declaración judicial de concurso que no puedan acogerse al apartado anterior, pero que cumplan todas las condiciones siguientes, ya sea forma individual o conjuntamente con otros que se hayan realizado en ejecución del mismo acuerdo de refinanciación (art. 71 bis 2): a) que incrementen la proporción del activo del deudor sobre el pasivo previo; b) que el activo corriente resultante sea superior o, al menos, igual al pasivo corriente; c) que el *valor de las garantías* resultantes a favor de los acreedores participantes *no exceda* de los nueve décimos del valor de la deuda pendiente a favor de los mismos, ni de la proporción de garantías sobre la deuda pendiente que tuviese antes del acuerdo –Como bien apunta el precepto, se entenderá por el valor de las garantías al descrito en el apartado 2º de la *disposición adicional cuarta* (art. 71 bis 2 c) LC)–; d) el tipo de interés aplicable a la deuda que resulte del acuerdo de refinanciación no excederá en más de un tercio al aplicable a la deuda previa; e) dicho acuerdo debe estar elevado a documento público firmado por todos los intervinientes en el proceso de refinanciación, donde se reflejarán las justificaciones económicas de todos los actos operaciones y negocios que hayan realizado el deudor y los acreedores intervinientes; el cumplimiento y la *verificación* (entendemos) de todas esas condiciones anteriormente enumeradas, se deberá dar en el momento preciso de la suscripción del documento público, donde para verificar el cumplimiento de las mismas se deberá atender a las cuestiones de índole fiscal, patrimonial financiero e, incluso, sobre las cláusulas de vencimiento anticipado derivadas de los actos que se lleven a cabo (art. 71 bis 2 LC).

4. Calificación de los créditos que generen nuevos ingresos de tesorería al deudor común (calificación del *fresh money*)

Otra de las novedades introducidas por la reforma se ha centrado en la calificación de los créditos que puedan llegar a generar nuevos ingresos de tesorería a la concursada y, que hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación, con las condiciones y los requisitos previstos en el artículo 71.6 o en la *disposición adicional cuarta* (art. 84.2.11º LC). El cincuenta por ciento de estos créditos (que hayan generado nuevos flujos de tesorería a la concursada) tendrá la consideración de créditos contra la masa (art. 84.2.11º) y, por tanto, se pagarán a su debido vencimiento, siempre y cuando, hayan sido concedidos a la concursada en el marco de un acuerdo de refinanciación donde se hayan dado los requisitos establecidos en el artículo 71. 6 o en la *disposición adicional cuarta*. Aunque, sobre

este precepto, hemos de decir que no será de aplicación durante los dos años siguientes a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo¹⁰⁷.

5. La suspensión de las ejecuciones que recaigan sobre bienes con garantía real que resulten necesarios para continuidad de la actividad empresarial

El contenido del artículo 56 de la Ley Concursal sufre nuevas modificaciones con respecto a la redacción originaria del año 2003¹⁰⁸ y, la posterior redacción que se introdujo en 2011¹⁰⁹; en primer lugar, la nueva redacción prohíbe, expresamente, que se puedan incoar ejecuciones (en palabras de la norma, paralización) que recaigan sobre bienes dotados de garantía real que sean *necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial* del deudor común, evitando, en todo caso, el calificativo de “afectos”, que ha sido eliminado, acertadamente (favoreciendo, nítidamente, la situación de los acreedores con garantía real¹¹⁰), del texto definitivo, expresión que si estaba en la regulación anterior¹¹¹. Esta paralización de dichas ejecuciones sobre bienes con garantía real no es una prohibición *sine die*, sino que operará desde la declaración judicial de concurso hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al contenido de este derecho o, hasta que trascurra un año desde que se declare el concurso, sin que se hubiera abierto la fase de liquidación (art. 56 LC). Posteriormente, decir que, siempre que esté pendiente el concurso, las ejecuciones ordinarias podrán iniciarse o quedar suspendidas las que estén *listispendentes* (art. 55 LC), mientras que las ejecuciones de bienes con garantía real podrán iniciarse o proseguir en los términos de los artículos 56 y 57 de la Ley Concursal¹¹².

¹⁰⁷ Durante los dos años siguientes a la entrada en vigor del RD-ley 4/2014, de 7 de marzo, no será de aplicación el régimen contenido en el artículo 84.2.11 ni el artículo 91.6 de la Ley Concursal; durante este plazo se deberá aplicar el siguiente régimen: 1) Tendrán la consideración de créditos contra la masa los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación suscrito a partir de la entrada en vigor del RD-ley 4/2014, de 7 de marzo, en las condiciones previstas en el artículo 71 *bis* o en la disposición adicional 4ª, hasta el importe del nuevo ingreso de tesorería. 2) Esta clasificación también se aplicará a los créditos concedidos en dichos acuerdo de refinanciación por el propio deudor o por personas especialmente relacionadas, que supongan nueva tesorería, y hasta el importe del nuevo ingreso efectuado (los ingresos por aumento de capital no tendrán, en ningún caso, esta consideración de créditos contra la masa). 3) Los intereses devengados por los nuevos ingresos de tesorería tendrán la consideración de créditos contra la masa en virtud del artículo 92.3 LC. 4) En caso de liquidación, también tendrán la consideración de créditos contra la masa los créditos concedidos al deudor en el marco de un convenio conforme al artículo 100.5 de la Ley Concursal. Después de esos dos años la concesión de los créditos anteriormente descritos serán considerados créditos contra la masa en los términos del artículo 84.2.11º de la Ley Concursal.

¹⁰⁸ *Vid.*, el tratamiento del viejo artículo 56 de la Ley Concursal de 2003 en PÉREZ DEL BLANCO, G., *Efectos procesales de la declaración de concurso...* *op. cit.*, pp. 319 y ss.

¹⁰⁹ *Vid.*, La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal.

¹¹⁰ CABANAS TREJO, R., “La garantía real...”, *op. cit.*, p. 1.

¹¹¹ *Vid.*, CABANAS TREJO, R., “La garantía real...”, *op. cit.*, p. 1.

¹¹² *Vid.*, CARRASCO PERERA, A., y CORDÓN MORENO, F., “Ejecución de garantías reales tras el incumplimiento del acuerdo de refinanciación homologado en la disposición adicional 4ª de la Ley Concursal

En el último inciso del apartado 1º del artículo 56, se introduce una mención sobre algún ejemplo de bienes que no son considerados *necesarios* para la continuidad de la actividad empresarial, *verbigratia*: las acciones o participaciones de sociedades destinadas, en exclusiva, la tenencia de un activo y del pasivo necesario para su financiación siempre que la ejecución de la garantía constituida sobre las mismas no suponga causa de resolución o modificación de las relaciones contractuales a las que, estando sujeta la referida sociedad, permitan al deudor mantener la explotación del activo (excepción a la primera regla general).

Estamos de acuerdo con que la anterior medida o aclaración del artículo 56, hay que valorarla muy positivamente por su impacto benevolente y el efecto que tendrá en el ámbito del *Real State*, ya que con ella, podría incentivarse, previsiblemente, la venta de sociedades “proyecto” que puedan subsistir autónomamente fuera del grupo del deudor insolvente¹¹³. Finalmente, también hay que decir que no se ha regulado un régimen transitorio respecto de la aplicación de esta modificación, parece que se aplicará a las ejecuciones aún no iniciadas en el momento de la entrada en vigor del Real Decreto-ley¹¹⁴.

6. Novedades en el régimen de las personas especialmente relacionadas con el deudor concursado y los créditos subordinados (art. 92.5 LC)

Después de aprobarse esta última reforma en materia concursal, los acreedores que hayan capitalizado directa o indirectamente sus créditos en cumplimiento de lo pactado en un acuerdo de refinanciación en cumplimiento de lo establecido en el artículo 71 *bis* o de la *disposición adicional cuarta*, no serán considerados *personas especialmente relacionadas* con el deudor y, por tanto, a la hora de calificar los créditos que pudieran ostentar frente al deudor, no se convertirían en créditos subordinados, excluyendo así, la subordinación concursal crediticia (art. 92.5º LC)¹¹⁵. Esta nueva medida recogida expresamente, será de gran operatividad y utilidad en la práctica, pero, a juicio de alguna autora¹¹⁶, ya se inducía, antes de la reforma, en el ámbito del artículo 93.3.2º de la Ley Concursal.

Con respecto a las *personas especialmente relacionadas* con el deudor, hay que decir que serán consideradas como tal, los administradores de derecho o de hecho, los liquidadores de la concursada y, los apoderados generales de la mercantil, así como quien hubiera ostentado esta condición en los dos años anteriores a la declaración judicial de concurso (art. 93.2.2º LC), pero la reforma introduce un último párrafo al anterior precepto, que nos viene a decir que, salvo prueba en contrario, no tendrán la consideración de administradores de hecho, los acreedores que hayan suscrito el acuerdo de refinanciación previsto por el artículo

tras la modificación producida por el RDL 4/2014., en *Diario La Ley*, núm. 8322, sección tribuna, 30 de mayo de 2014, p. 4.

¹¹³ *Vid.*, PULGAR EZQUERRA, J., “Refinanciación, reestructuración...”, *op. cit.*, pp. 4 y ss.

¹¹⁴ *Vid.*, PULGAR EZQUERRA, J., “Refinanciación, reestructuración ...”, *op. cit.*, p. 4 *in fine*.

¹¹⁵ *Vid.*, PULGAR EZQUERRA, J., “Refinanciación, reestructuración ...”, *op. cit.*, p. 14 *in fine*

¹¹⁶ PULGAR EZQUERRA, J., “Refinanciación, reestructuración ...”, *op. cit.*, p. 14.

71 *bis*, por la disposición adicional cuarta o, por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad (art. 93.2.2º *in fine*); por lo tanto, con dicha consideración, se está negando la consideración de persona especialmente relacionada con el deudor, y, la exclusión de la eventual subordinación concursal crediticia, que además, conllevaría la pérdida del derecho a voto y, la posible extinción de las garantías reales; así, para el caso de que un acreedor haya capitalizado la deuda, en proporción de los porcentajes que se le adjudiquen, podrá nombrar consejeros, y no por ello, será considerado administrador de hecho, *salvo prueba en contrario*¹¹⁷.

7. Nuevas modificaciones en sede de calificación del concurso

A. La nueva presunción *iuris tantum* de culpabilidad del concurso (art. 165.4)

Otra de las modificaciones más relevantes, con respecto a las presunciones *iuris tantum* del artículo 165, es la que se introduce en su nuevo apartado 4º, que viene a decir que: se presumirá la existencia de dolo o culpa grave del deudor o de sus representantes legales (administradores o liquidadores), en caso de que se hubiesen *negado* sin causa razonable a la capitalización de créditos o a una emisión de valores o instrumentos convertibles frustrando la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 *bis*.1 o en la *disposición adicional cuarta*. A estos efectos, se presumirá que la capitalización *será razonable* cuando así se declara en un informe emitido antes de la propia negativa del deudor a capitalizar la deuda, por un experto independiente nombrado según lo previsto en el artículo 71 *bis* 4º; en caso de que hubiera varios informes emitidos, dicha apreciación deberá coincidir en la mayoría de los informes emitidos (art. 165.4º LC).

Para que la negativa de los acreedores pueda acarrear la culpabilidad del concurso, el acuerdo deberá reconocer a favor de los socios un derecho de suscripción preferente sobre las acciones, participaciones, valores o cualquier instrumento convertible suscrito por los acreedores, a resultas de la capitalización propuesta, en caso de enajenación posterior de los mismos. Aunque, es posible que el acuerdo propuesto pueda excluir el derecho de adquisición preferente en las transmisiones realizadas por el acreedor a una sociedad de su mismo grupo o a cualquier entidad que tenga por objeto la tenencia y administración de participaciones en el capital de otras entidades (165.4 LC). Como afirma la doctrina¹¹⁸, esta medida puede conectar con lo que se viene reconociendo en nuestro Derecho Societario como los deberes fiduciarios de todo administrador social y, por otro lado, con los límites de la capacidad de decisión de los socios en junta sobre un procedimiento de reestructuración y saneamiento de una sociedad. En conclusión, esta medida evitará que los accionistas blo-

¹¹⁷ PULGAR EZQUERRA, J., “Refinanciación, reestructuración ...”, *op. cit.*, p. 15.

¹¹⁸ *Id.*, PULGAR EZQUERRA, J., “Refinanciación, reestructuración ...”, *op. cit.*, p. 15.

queen, sin responsabilidad alguna, la adopción de medidas societarias, como pudiera ser la capitalización de deudas de la que pueda depender un verdadero saneamiento societario¹¹⁹.

B. La ampliación del ámbito subjetivo de las personas afectadas por la calificación del concurso

Con respecto a la sentencia de calificación del concurso también se ha introducido un nuevo inciso en el apartado 1º del artículo 172.2 de la Ley Concursal, en el que incluye también la posibilidad de determinar como personas afectadas por la calificación del concurso *a los socios que se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o a una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4º del artículo 165, en función de su grado de contribución a la formación de la mayoría necesaria para el rechazo del acuerdo*. La presunción contenida en el anterior precepto (*ex art. 165.4 LC*), no será de aplicación a los administradores que hubieran recomendado la recapitalización de la deuda basada en causa razonable, aun cuando ésta fuera rechazada por los socios (*art. 172.2.1 in fine*). Como se observa, con la inclusión de los socios en el ámbito de las personas que pueden ser afectadas por la calificación del concurso, estos últimos, también podrían ser responsables en los términos del artículo 172 *bis* (podrían ser condenados al pago del déficit concursal), *siempre en función del grado de contribución a la formación de la mayoría necesaria para el rechazo del acuerdo* (esquema que encaja más con la responsabilidad punitiva o por daños).

C. La ampliación del ámbito subjetivo de la responsabilidad concursal (art. 172 bis LC)

En cuanto a la responsabilidad concursal (*art. 172 bis 1 LC*), también se ha ampliado el ámbito subjetivo de la misma, introduciendo como posibles responsables por el *déficit concursal* a los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o, a una emisión de instrumentos convertibles en los términos previstos en el artículo 165.4 de la Ley Concursal, siempre que estos hayan sido declarados *personas afectadas por la calificación* del concurso, en la medida que la conducta haya determinado la calificación del concurso como culpable y, además, que haya generado o agravado el estado de insolvencia del deudor (*art. 172 bis*); con esta medida, se evita que determinados accionistas (ya sean minoritarios o mayoritarios) puedan bloquear, sin responsabilidad alguna, la adopción de medidas (como pueda ser una capitalización de deuda) de las que dependa el saneamiento societario¹²⁰. Finalmente, como podemos observar en la propia redacción del precepto, apoyamos la tesis que defiende la idea de que parece que dicha extensión de la *responsabilidad por el déficit concursal* a los socios, aclara, de alguna manera, el viejo e

¹¹⁹ *Vid.*, PULGAR EZQUERRA, J., “Refinanciación, reestructuración ...”, *op. cit.*, p. 16.

¹²⁰ PULGAR EZQUERRA, J., “Refinanciación...”, *op. cit.*, p. 16, la autora comenta que esta medida ya había sido objeto de tratamiento en el Derecho Concursal alemán.

importante debate sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal (*ex art. 172 bis*) dejando, algo más claro, que nos encontramos ante una verdadera responsabilidad por daños o, si se quiere, punitiva, al establecerse que la condena se producirá en la medida que la conducta haya determinado la calificación culpable y, además, haya generado o agravado la insolvencia del deudor común¹²¹.

8. Nuevo régimen de homologación de los acuerdos de refinanciación de la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal

A. Nuevo quorum para homologar los acuerdos de refinanciación

Ahora con la nueva medida introducida en apartado 1 de la *disposición adicional cuarta*, se podrá homologar judicialmente un acuerdo de refinanciación que haya sido suscrito por acreedores que representen al menos el 51 por ciento de los pasivos financieros (este es el inciso novedoso), se produzca una ampliación significativa del crédito disponible, o se produzca una modificación de las obligaciones, bien mediante prorrogas del vencimiento o sustituyendo las antiguas obligaciones contraídas por otras nuevas, siempre que las mismas respondan a un plan de viabilidad que permita la *continuidad* de la actividad profesional o empresarial a corto o medio plazo. Además, para su posible homologación será necesaria la certificación del auditor de cuentas del deudor¹²² en que certifique y se pronuncie sobre la suficiencia del pasivo que se requiere para la adopción de acuerdo (art. 71 *bis* 1. b 2º LC).

El acuerdo deberá estar plasmado en instrumento público al que habrá que adjuntar toda la documentación que justifique todo el contenido del acuerdo y el cumplimiento de los requisitos anteriores (art. 71 *bis* 1. b 3º LC). Finalmente, decir que, estos acuerdos de refinanciación homologados judicialmente y adoptados por la mayoría descrita (51%), *no podrán ser objeto de rescisión*; el órgano de administración concursal *no podrá instar acción rescisoria* frente este tipo de acuerdos de refinanciación homologados judicialmente, pero sí podrá instar las demás acciones impugnatorias restantes que puedan plantearse contra los acuerdos de refinanciación del artículo 71 *bis* (art. 72.2 LC); el fundamento de estas acciones rescisorias siempre deberá ser el incumplimiento de las condiciones previstas en dicho artículo, correspondiendo al órgano de administración concursal la carga de la prueba de dicho incumplimiento; además, en este tipo de acciones *no opera* la legitimación subsidiaria de los acreedores prevista en el artículo 72.2 de la Ley Concursal.

¹²¹ PULGAR EZQUERRA, J., “Refinanciación...”, *op. cit.*, p. 16.

¹²² En caso de que el deudor no tenga auditor de cuentas, éste será designado por el Registrador Mercantil del domicilio del deudor. Cuando se trate de un grupo de empresas, el Registrador Mercantil encargado para su designación será el del domicilio de la sociedad matriz (art. 71 *bis* 1 b 2º LC).

a) Cómputo de las mayorías exigidas en la disposición adicional cuarta

A la hora de hacer el cómputo de las mayorías previstas en la disposición adicional cuarta, no se tendrán en cuenta para el mismo los pasivos financieros cuya titularidad la ostenten personas que tengan la consideración de *personas especialmente relacionadas con el deudor* (ex art. 93.2 LC), aunque podrán quedar *afectados* por la homologación previa en esta *disposición adicional cuarta*.

b) Exclusión automática de los acreedores comerciales y acreedores de créditos de derecho público: su posible adhesión voluntaria al acuerdo de refinanciación homologado judicialmente

Dentro del apartado 1º de la disposición adicional cuarta se introduce una pequeña aclaración o definición sobre quienes deben ser considerados acreedores de pasivos financieros¹²³ a los efectos de la disposición adicional cuarta; *serán acreedores de pasivos financieros los titulares de créditos financieros con independencia de que estén bajo supervisión financiera*; quedarán al margen de éstos y, por lo tanto, entendemos que no les afectará lo contenido en un convenio de refinanciación homologado judicialmente, los acreedores por operaciones comerciales (*verbigratia*: los proveedores) y los acreedores de pasivos de derecho público (*verbigratia*: Agencia Tributaria y Seguridad social, entre otros.). A pesar de la no afectación anterior, dichos acreedores pueden adherirse voluntariamente al acuerdo de refinanciación homologado, aunque estas adhesiones no se tendrán en cuenta para el cómputo de las mayorías exigidas por la *disposición adicional cuarta* a la hora de formalizar el acuerdo¹²⁴.

c) Préstamos sindicados versus acuerdo de refinanciación de la disposición adicional cuarta

Otra especialidad introducida por la reforma se centra en los casos en los que nos encontremos ante acreedores (financieros) prestamistas (en el marco de un de un contrato de préstamo *sindicado*), se entenderá que dichos acreedores (financieros) prestamistas suscriben el acuerdo de refinanciación cuando voten a favor del mismo el 75 por ciento del pasivo representado del préstamo, salvo que, las propias normas establecidas dentro del contrato de préstamo *sindicado* establezcan una mayoría inferior a la anterior, en cuyo caso se estará a esta última.

¹²³ *Vid.*, CABANAS TREJO, R., “Las garantías reales...”, *op. cit.*, p. 3.

¹²⁴ *Vid.*, CABANAS TREJO, R., “Las garantías reales...”, *op. cit.*, p. 2.

B. El valor de la garantía real de cada acreedor

El apartado 2º de la disposición adicional cuarta introduce una definición de lo que, a efectos de dicha disposición, debe entenderse por valor de la garantía real de que goce cada acreedor del deudor. La determinación del valor de la garantía real que la que goce un acreedor será el resultante de deducir, de los nueve décimos del valor razonable del bien sobre el que esté constituida dicha garantía, las deudas pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien, sin que en ningún caso el valor de la garantía pueda ser inferior a cero ni superior al valor del crédito del acreedor correspondiente.

- a) La nueva definición de valor razonable a los efectos de determinar el valor de la garantía real de cada acreedor

Para poder determinar el *valor de la garantía real* de la que goce cada acreedor frente al deudor concursado descrito en el apartado anterior, será necesario, primero, saber qué es el *valor razonable* del bien o bienes sobre los que esté constituida la garantía¹²⁵. Existen varios casos que a continuación desarrollaremos: 1.- Cuando se trate de valores mobiliarios que coticen en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado o en instrumentos del mercado monetario; el *valor razonable* de los mismos será el precio medio ponderado al que hubieran sido negociados en uno o en varios mercados regulados en el último trimestre anterior a la fecha de inicio de las negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación (*ex art. 5 bis*), de conformidad con la certificación emitida por la sociedad rectora del mercado secundario oficial o de mercado regulado del que se trate; 2.- Cuando se trate de bienes inmuebles, el valor razonable será el resultante del informe emitido por una sociedad de tasación homologada en inscrito en el Registro Especial del Banco de España o; 3.- Cuando se trate de bienes distintos a los señalados en los dos apartados anteriores, el valor será el resultante del informe emitido por un experto independiente de conformidad con los principios y las normas de valoración generalmente reconocidas (en la *praxis*) para esos bienes.

Los informes descritos para determinar el *valor razonable* de los bienes inmuebles y para otros bienes (distintos de los mobiliarios e inmobiliarios), no serán necesarios cuando dicho valor hubiera sido determinado por experto independiente, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de inicio de las negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación (*ex art. 5 bis*). En caso de que se dieran nuevas circunstancias que pudieran modificar significativamente el *valor razonable* de los bienes en cuestión, deberá aportarse nuevo informe de experto independiente.

El experto independiente, siempre que actúe en los supuestos previstos en este apartado 2º de la disposición adicional cuarta, será designado por el Registrador Mercantil del domicilio del deudor; en los casos en los que el acuerdo de refinanciación afecte a dos

¹²⁵ *Vid.*, CABANAS TREJO, R., “Las garantías reales...”, *op. cit.*, p. 3.

sociedades de un grupo de empresas, se emitirá un solo informe y, el experto independiente será designado por el registrador Mercantil del domicilio de la sociedad dominante de dicho grupo de empresas si estuviera afectada por el acuerdo de refinanciación o, en su defecto por el del domicilio de cualquiera de las sociedades del grupo afectadas (art. 71 *bis* 4 LC).

b) Garantía a favor de un mismo acreedor sobre diversos bienes

Ahora, en relación con la valoración de las garantías reales de los acreedores, también se introduce una nueva redacción dentro del último inciso de apartado 2 de la *disposición adicional cuarta*, en el caso de que la garantía a favor de un acreedor recaiga sobre varios bienes, se sumará la resultante de aplicar sobre cada uno de los bienes la regla del párrafo primero, sin que el valor conjunto de la garantías pueda tampoco exceder del valor del crédito del acreedor correspondiente.

En el caso de que la garantía se haya constituido *pro indiviso* a favor de dos o más acreedores, el valor de la garantía que correspondería a cada acreedor será el resultante de aplicar al valor total de la garantía la proporción que en la misma corresponda a cada uno de ellos, según las normas que, en su caso, resulten de aplicación a los préstamos sindicados.

C. Extensión de los efectos del acuerdo de refinanciación

Como era previsible la reforma también ha “retocado” el régimen de la extensión de los efectos del acuerdo de refinanciación homologado a los acreedores *disidentes* o *no participantes* en el mismo. Como se puede observar en el apartado 3º de la disposición adicional cuarta, los acreedores de pasivos financieros (que no gocen de garantía real o, solo por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real) que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o hayan mostrado su disconformidad con el mismo, se les extenderá *ipso iure* los siguientes efectos acordados en el acuerdo de refinanciación (homologado judicialmente): a) Si el acuerdo ha sido suscrito por al menos el sesenta por ciento del pasivo financiero, se le extenderán *las esperas* (ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada) siempre y cuando, no superen el plazo de cinco años, o las conversión de deuda en préstamo durante el mismo plazo o, b) Para el caso de que el acuerdo de refinanciación se haya suscrito por el setenta y cinco por ciento de los acreedores que representen del pasivo financiero, se les extenderán las siguientes medidas: i) las *esperas*, con un plazo de cinco años o más, pero, en ningún caso, superior a diez años; ii) Las quitas; iii) La conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora, para este caso habrá que estar:

- 1.- Los acreedores no participantes o disidentes del acuerdo de refinanciación podrán optar por una quita equivalente al importe del nominal de las acciones o participaciones que les correspondería suscribir o asumir y, en su caso, de la prima de

emisión o de suscripción. En caso de que el acuerdo no manifieste expresamente nada, se entiende que a los mencionados acreedores se les aplicará la referida quita.

- 2.- El acuerdo de aumento de capital del deudor para la capitalización de créditos en las sociedades limitadas, se adoptará por mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que representen, al menos, un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que de divida el capital social; finalmente decir que a estos efectos no se tendrán en cuenta los votos en blanco. Si la sociedad fuera anónima, el acuerdo se adoptará por mayoría ordinaria de los votos de los accionistas presentes o representados (*vid.*, los artículos 198 y 201.1 del Real Decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio, de texto refundido de la Ley de sociedades de capital).
- 3.- Se les extenderá, también, la conversión de deuda en: 1.- préstamos participativos por un plazo de cinco años o más, pero no superior a diez años, 2.- en obligaciones convertibles o, préstamos subordinados, 3.- en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original. Y, por último, también se les extenderá la cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago de la totalidad o de parte de la deuda.
- a) Algunas especialidades en el régimen de la extensión de los efectos de la homologación.

En el apartado 4 de la disposición adicional cuarta se introduce una especialidad en el ámbito de la extensión de los efectos de la homologación judicial del acuerdo de refinanciación; según la cual, a los acreedores financieros disidentes o no participantes en el acuerdo de refinanciación, por la parte de su crédito que no exceda del valor de la garantía real, se les extenderán, por la homologación judicial, los efectos señalados en el apartado anterior, siempre que dichos efectos hayan sido acordados, con el alcance que se convenga por las siguientes mayorías, calculadas en función de la proporción de la proporción del valor de las garantías otorgadas: *a) Del 65 por ciento cuando se trate de la medida prevista en el apartado a) del apartado 3º de la disposición adicional cuarta, es decir, cuando el acuerdo que haya sido suscrito por al menos el 60 por ciento del pasivo financiero, se le extenderán las esperas (ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada) siempre y cuando, no superen el plazo de cinco años, o la conversión de deuda en préstamo durante el mismo plazo o, b) Del 80 por ciento cuando se trate de las medidas previstas en el sub-apartado b) del apartado 3º de la disposición adicional cuarta, con sus diversas especialidades: para el caso de que el acuerdo de refinanciación se haya suscrito por el setenta y cinco por ciento del pasivo financiero y con las diversas medidas que en dicho apartado se establecen en los numerales 1º, 2º y 3º del sub-apartado b) del apartado 3º de la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal.*

D. *De los documentos que se deben adjuntar con el escrito de solicitud de la homologación judicial*

Como es sabido, el juez competente para homologar judicialmente un acuerdo de refinanciación de la *disposición adicional cuarta* es el Juez del concurso que fuera competente para conocer de la declaración judicial de concurso de ese deudor en cuestión. Para que el Juez competente pueda proceder a la homologación del acuerdo de refinanciación se requiere que la solicitud sea interpuesta a *instancia de parte* legitimada. A dicha solicitud de homologación –instada por el deudor– deberá ir acompañada de i) el acuerdo de refinanciación definitivamente adoptado por los intervinientes, ii) certificación del auditor sobre la suficiencia de las mayorías exigibles para la adopción del acuerdo, iii) los informes, que hayan realizado, en su caso los expertos independientes (*ex art. 71 bis 4 LC*): ii) el correspondiente certificado del aumento de capital del deudor insolvente, para el caso de que al final se hubiera aprobado por las mayorías legamente establecidas por la Ley (art. 198 y 201.1 LSC); en caso de que se hubieran emitido los informes, tasación o certificados previstos en el apartado 2 de la *disposición adicional cuarta*, también deberán ser adjuntados con el escrito de solicitud de homologación judicial del acuerdo.

Una vez que llega todo al Juez, tras su correspondiente examen, dictará providencia *admitiendo a trámite* dicha petición de homologación. Posteriormente el secretario judicial ordenará (ya estaba vigente esta función de publicidad de la reforma anterior) publicar la providencia de admisión a trámite de la solicitud de homologación del acuerdo de refinanciación en el Registro Público Concursal¹²⁶, por medio de un anuncio que contendrá los datos de identificación del deudor, juez competente, el número de procedimiento judicial de homologación, la fecha de suscripción del acuerdo de refinanciación y los efectos de aquellas medidas, indicando que el mismo acuerdo está a disposición de los acreedores en el Juzgado mercantil competente donde se hubiera depositado para la publicidad de su contenido (apartado 5º *disposición adicional cuarta*).

Finalmente, el juez otorgará la homologación del acuerdo, siempre y cuando, se hayan cumplido con todos los requisitos previstos en el apartado 1º de la disposición adicional cuarta; por ello, declarará la extensión de los efectos que corresponda cuando el auditor certifique la concurrencia de las mayorías exigibles para la adopción del acuerdo (corresponde al último nuevo inciso del apartado 6º de la disposición adicional cuarta, introducido por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, que hace remisión a los *quórum*s exigidos en los apartados 3º y 4º de la misma disposición).

La resolución que homologue el acuerdo de refinanciación en cuestión, se publicará por un procedimiento de urgencia en el plazo de 15 días y se publicará mediante anuncio

¹²⁶ El Registro Público Concursal creado y desarrollado reglamentariamente por el Real decreto 892/2013, de 15 de noviembre, que derogó el antiguo Real decreto 685/2005, de 10 de junio, sobre publicidad de resoluciones concursales, aunque, no obstante, ha mantenido su vigencia hasta la puesta en marcha efectiva del nuevo registro.

insertado en el Registro Público Concursal y en el BOE (con efectos siempre desde el día siguiente al de la efectiva publicación de la sentencia en el BOE), por medio de un extracto con los datos anteriormente comentados. Esta publicidad es bastante importante para el conocimiento de los acreedores, sobre todo para los que no hubieran suscrito el acuerdo (no participantes) o los que hubieran mostrado su disconformidad (disidentes), puesto que, una vez que se ha publicado, podrían optar por impugnar dicha resolución. Los fundamentos (tasados) por los cuales se podrá impugnar dicha resolución de homologación serán, exclusivamente, los relativos a la concurrencia de los porcentajes exigidos en la disposición adicional cuarta y, a la valoración del sacrificio realizado (valoración del carácter desproporcionado del sacrificio exigido).

E. Efectos de la homologación judicial del convenio de refinanciación

a) El inicio de la paralización de ejecuciones singulares

La providencia por la cual se admita a trámite la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación suscrito por los intervinientes, también declarará, en su parte dispositiva, la paralización de ejecuciones singulares *ipso iure* (de forma preventiva, y para evitar que no se “desmembramiento” del patrimonio, de forma agresiva, por parte de acreedores díscolos o disidentes, en tanto no se acuerde la homologación, *el paréntesis es nuestro*) hasta que se acuerde la homologación (apartado 5 de la *disposición adicional cuarta*).

b) Los derechos de los acreedores suscriptores del acuerdo de refinanciación homologado y los derechos de los acreedores no suscriptores del acuerdo.

Los acreedores financieros disidentes o no participantes en el acuerdo de homologación, pero que resulten vinculados o afectados por el mismo, no perderán (*rectius*: mantendrán), en todo caso, sus derechos frente a los obligados solidariamente con el propio deudor y sus avalistas o fiadores (que no podrán invocar la aprobación del acuerdo de refinanciación ni los efectos de la homologación para eludir sus obligaciones en perjuicio de los acreedores). Por otro lado, los acreedores financieros que si hayan suscrito el convenio de refinanciación homologado, el mantenimiento de sus derechos frente a los avalistas, fiadores o demás obligados solidarios, dependerá de lo acordado en el contenido del convenio (aptdo. 9º de la *disp. adicional cuarta*).

En ejecución del acuerdo de refinanciación homologado el juez competente podrá levantar los embargos trabados frente a los bienes y derechos del concursado que se hubieran practicado en los procedimientos de ejecución de deudas afectadas por el acuerdo de refinanciación (aptdo. 10º *disp. adicional cuarta*).

c) Ejecución de garantías reales: importe resultante y deuda originaria

El nuevo apartado 11º de la *disposición adicional cuarta* prevé que: cuando el deudor no cumpla con los extremos previstos en el acuerdo de refinanciación homologado judi-

cialmente, cualquier acreedor podrá solicitar al juez competente (el juez que homologó el acuerdo) la declaración judicial de incumplimiento, a través de procedimiento equivalente al *incidente concursal* (la sentencia que resuelva dicho incidente será *inimpugnable*). Una vez que este incumplimiento se ha declarado, los acreedores podrán instar la declaración judicial de concurso o, iniciar las ejecuciones ordinarias (que se deriven de las acciones personales instadas por los mismos) o, de cualquier procedimiento de ejecución (sea cual sea) frente al patrimonio del deudor.

Si se ejecutasen las garantías reales, y siempre que en el acuerdo no se hubiera pactado que en caso de incumplimiento procederá la resolución¹²⁷, se aplicarán las siguientes reglas (apartado 11º Disp., adicional 4ª): *a)* si el importe obtenido de la ejecución fuera superior a la deuda originaria o del saldo pendiente de no haberse producido el acuerdo, se considerará la diferencia como sobrante¹²⁸ (*vid.*, arts. 674 y 692 LEC y 133 LH); *b)* en caso de que la cantidad resultante de la ejecución fuera menor que la deuda originaria o del saldo pendiente de la misma de no haberse producido el acuerdo, pero mayor que la resultante de la aplicación del apartado 4 de la disp., adicional cuarta, se considerará que no hay sobrante y el acreedor podrá hacer suya toda la cantidad resultante de la ejecución (aunque si se diera este caso, no conservaría crédito ordinario contra la masa del concurso (o contra el deudor) por encima del sobrante de la quita¹²⁹; *c)* Si el importe resultante de la ejecución fuese inferior a la resultante de la aplicación del apartado 4º de la disp. adicional cuarta¹³⁰, se considerará remanente¹³¹ la diferencia entre ambas; y, por tanto, el acreedor solo conservará como resto de crédito no satisfecho, la diferencia entre el importe de la ejecución y el crédito novado por la quita¹³². Por otro lado, como bien apunta la doctrina¹³³, es cierto que la norma no prevé como se deben ejecutar los créditos no garantizados (solo se habla de las ejecuciones de garantía real), por lo que estos acreedores podrán ejecutar ordinariamente frente al patrimonio del deudor, mientras no se haya declarado judicialmente en concurso. Finalmente parece bastante razonable aceptar que, las tres reglas anteriores serán

¹²⁷ *Vid.*, la tesis defendida por CARRASCO PERERA, A., y CORDÓN MORENO, F., “Ejecución de garantías reales...”, *op. cit.*, pp. 1-5. Los autores entienden que, pendiente el concurso, si se ha pactado la resolución del acuerdo homologado una vez que este devenga incumplido, no serán de aplicación las normas previstas en los *sub-apartados*: a), b) y c) del apartado 11º de la disp., adicional 4ª, sino que será de aplicación el régimen común: conforme a las reglas de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, y Ley Hipotecaria.

¹²⁸ *Vid.*, la interpretación y el alcance de las expresiones: “remanente” y “sobrante” que hacen, en este sentido, CARRASCO PERERA, A., y CORDÓN MORENO, F., “Ejecución de garantías reales...”, *op. cit.*, p. 2.

¹²⁹ CARRASCO PERERA, A., y CORDÓN MORENO, F., “Ejecución de garantías reales...”, *op. cit.*, p. 3.

¹³⁰ CARRASCO PERERA, A., y CORDÓN MORENO, F., “Ejecución de garantías reales...”, *op. cit.*, p. 4. Entienden los autores que la remisión en la tercera regla (sub-apartado b de la disposición adicional 4ª), no se refiere a al valor de la garantía calculado conforme al apartado 2º de la disposición adicional cuarta.

¹³¹ *Vid.*, la interpretación y el alcance de las expresiones: “remanente” y “sobrante” que hacen, en este sentido, CARRASCO PERERA, A., y CORDÓN MORENO, F., “Ejecución de garantías reales...”, *op. cit.*, p. 2.

¹³² CARRASCO PERERA, A., y CORDÓN MORENO, F., “Ejecución de garantías reales...”, *op. cit.*, p. 3.

¹³³ CARRASCO PERERA, A., y CORDÓN MORENO, F., “Ejecución de garantías reales...”, *op. cit.*, pp. 4-5.

de aplicación, siempre que el deudor este declarado judicialmente en concurso y, no se haya pactado, expresamente, la resolución del acuerdo cuando el mismo devenga incumplido¹³⁴.

d) Protección de los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente

No podrán ser objetos de acciones de rescisión los acuerdos de refinanciación que hayan sido homologados judicialmente por el juez competente. La posibilidad de instar las demás acciones de impugnación se someterá a los postulados del artículo 72.2 de la Ley Concursal (apartado 13º disposición adicional cuarta). Finalmente, decir que, al igual que pasa con la solicitud de la comunicación del inicio de negociaciones (*ex art. 5 bis LC*), la solicitud de homologación de un acuerdo de refinanciación también tiene el límite del trascurso de un año para poder volver a instar otra solicitud de la misma naturaleza; es decir que el deudor que haya instado la homologación de un acuerdo de refinanciación, entendemos que no podrá volver a instar homologación de otro acuerdo hasta que no pase un año desde la *fecha de la homologación judicial* anterior (apartado 12 disposición adicional cuarta).

F. *Tratamiento contable en las entidades de crédito de las operaciones reestructuradas como consecuencia de un acuerdo de refinanciación*

El criterio que ha tomado el Banco de España¹³⁵ a la hora de hablar del tratamiento contable de las operaciones reestructuradas fruto de un acuerdo de refinanciación, es que dichos importes *debidos* serán clasificados como riesgo normal en la medida de que existan suficientes elementos objetivos que confirmen la probabilidad de su recuperación tras el acuerdo de refinanciación (*ex art. 71 bis o disp., adicional cuarta*). Por otro lado, cuando exista evidencia de que insuficiencia de flujos de efectivos futuros necesarios para hacer frente a los compromisos asumidos tras el acuerdo de refinanciación, las entidades deberán clasificar dichos importes debidos como riesgo distinto del normal¹³⁶, sin perjuicio de que esta clasificación pueda volverse a modificar cuando desaparezcan las causas que motivaron la clasificación anterior¹³⁷.

G. *Modificaciones fiscales introducidas por la reforma*

Las disposiciones finales segunda y tercera del RD-ley 4/2014 modifican los artículos 15.1, 15.2 b), 15.3 y 19.14 de la Ley del Impuesto sobre sociedades¹³⁸ y el artículo 45 I B) núm.

¹³⁴ CARRASCO PERERA, A., y CORDÓN MORENO, F., “Ejecución de garantías reales...”, *op. cit.*, pp. 4-5.

¹³⁵ La disposición adicional primera de Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, prevé un mandato al Banco de España para que el plazo de un mes desde que se publique dicha norma para que fije y haga públicos unos criterios homogéneos para la clasificación como riesgo normal de las operaciones reestructuradas fruto de la culminación de un acuerdo de refinanciación (art. 71 bis o disposición adicional cuarta LC).

¹³⁶ Según el apartado 7 del anejo IX de la circular núm. 4/2004, de 22 de diciembre, del Banco de España.

¹³⁷ Según el apartado 7 del anejo IX de la circular núm. 4/2004, de 22 de diciembre, del Banco de España.

¹³⁸ Con efectos para los periodos impositivos que se inicien a partir del 1 de enero de 2014. *Vid.*, El RD-Legislativo 4/2004, de 5 de marzo por el que se aprueba el texto refundido del Impuesto sobre sociedades (vigente hasta el 31 de diciembre de 2014).

19 de la Ley del impuesto sobre Transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados¹³⁹, introducen nuevos incentivos fiscales para las operaciones resultantes tras un acuerdo de refinanciación (*ex art. 71 bis o disp., adicional 4ª*), entre otros destacan: i) Las operaciones de aumento de capital por compensación de créditos se valorarán fiscalmente por el importe exacto de dicho aumento (desde un punto de vista mercantil) independientemente de cuál sea su valor contable. No obstante en el supuesto de aumento de capital por compensación de créditos, la entidad transmitente integrará en su base imponible la diferencia entre el importe del aumento de capital en la proporción que le corresponda y el valor fiscal del crédito capitalizado. La nueva redacción del artículo 19.14 de la Ley del impuesto de sociedades dice que el ingreso correspondiente al asiento contable de quitas y esperas consecuencia de aplicación de la Ley Concursal se imputará en la base imponible del deudor a medida que proceda registrar con posterioridad gastos financieros derivados de la misma deuda y hasta el límite de dicho ingreso.

A pesar de lo anterior, si el importe del ingreso es superior a los gastos financieros pendientes de registrar derivados de la misma deuda, la imputación de dicho importe debido se hará de forma proporcional a los gastos financieros registrados en cada periodo impositivo respecto de los gastos financieros totales pendientes de registrar derivados de la misma deuda.

Con respecto a la tributación por actos jurídicos documentados se introduce un apartado numeral 19º en el artículo 45 I B) de la Ley de Transmisiones Patrimoniales y Actos jurídicos documentados¹⁴⁰, en el que se prevé la exención tributaria de las escrituras que contengan quitas o minoraciones de las cuantías de préstamos, créditos u otras obligaciones del deudor que se incluyan en los acuerdos de refinanciación o, en los acuerdos extrajudiciales de pago establecidos en la Ley Concursal, siempre y cuando el sujeto pasivo sea el deudor¹⁴¹.

H. *Modificaciones en materia de OPAs*

La reforma acometida por el RD-ley 4/2014, también ha introducido un nuevo inciso al apartado d) del artículo 8 del Real Decreto 1066/2007 de 27 de julio, sobre el régimen

¹³⁹ *Vid.*, el RD-Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

¹⁴⁰ *Vid.*, el RD-Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

¹⁴¹ *Vid.*, en FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A., “RDL 4/2004, de 7 de marzo: breve apunte documental”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 17 de marzo de 2014. La autora afirma que el legislador ha sido parcialmente consciente del efecto perverso de rebajar la eficacia documental y con ello la seguridad jurídica que es la base de la exigencia de forma pública. Por ello exenciona del Impuesto ITP/AJD las quitas o minoraciones a cargo del deudor aunque el RD-Ley se queda muy corto en el planteamiento; además como dice la autora estas quitas muy a menudo se reflejan en las escrituras de cancelación de cargas, como causa de la remisión de las garantías junto al pago parcial, lo que conlleva, en gran parte de las comunidades autónomas, a su exención tributaria. También recalca la autora que la *disposición final tercera* no incluye los acuerdos de refinanciación en si mismo o sus concretas ejecuciones, como negocios y actos documentados exentos, para lo que debería haber ampliado el ámbito de exención de la Ley 2/1994, en redacción dada por la ley 41/2007.

de las ofertas públicas de adquisición de valores; ahora no será obligatorio formular oferta pública de adquisición en el caso de las operaciones de conversión o capitalización de créditos en acciones de sociedades cotizadas, cuya viabilidad económica esté en peligro grave e inminente, incluso aunque todavía no esté declarada en concurso, siempre que se trate de operaciones para garantizar la recuperación financiera a largo plazo de la sociedad, se hubieran realizado como consecuencia de la formalización de un acuerdo de refinanciación homologado judicialmente, siempre y cuando, lo haya informado un experto independiente en virtud del artículo 71 *bis* 4º de la Ley Concursal.

I. Modificación en el cómputo de las pérdidas por deterioro de valor de las sociedades

La disposición final séptima del RD-ley 4/2014, de 7 de marzo, ha modificado la disposición adicional única del RD-ley 10/2008, de 12 de diciembre¹⁴², en la que se prevé que, a los efectos de la determinación de las pérdidas para la reducción obligatoria de capital (art. 327 LSC) o, para la disolución (art. 363.1.e LSC) así, como, para el cumplimiento del presupuesto objetivo del concurso (art. 2 LC), *no se computarán* las pérdidas por deterioro de valor reconocidas en las cuentas anuales, derivadas del inmovilizado material, las inversiones inmobiliarias y las existencias o préstamos o partidas a cobrar, con la clara intención de ayudar a mejorar la liquidez de las pequeñas y medianas empresas que pretendan refinanciar su deuda. Esta medida únicamente se aplicará, excepcionalmente, en los ejercicios sociales que se cierran en el año 2014.

IV. CONCLUSIÓN

Parece que la última reforma operada presenta buena y decidida voluntad a la hora de reforzar los mecanismos preconcursales para intentar que pequeñas y medianas empresas puedan resolver su situación de insolvencia *extra muros* concurso (evitando el proceso concursal) con la suscripción de acuerdos de refinanciación homologados judicialmente. Aunque lo cierto es que, después de hacer una primera lectura del RD-ley 4/2014, y ver algunas de las dudas interpretativas que introduce en algunos puntos, la reforma parece que no ha sido todo lo completa que se esperaba y, por ello, es posible que el legislador, siguiendo las recomendaciones de la UE, siga introduciendo reformas a la Ley Concursal; esperemos que dicha tarea se realice sin sacrificar o menoscabar la (importante y necesaria) *seguridad jurídica* en el ámbito del Derecho Concursal; aunque, dudamos mucho de que se consiga tal objetivo si lo que se pretende es reformar de forma ortopédica y apresurada

¹⁴² Real Decreto-ley 10/2008, de 12 de diciembre, por el que se adoptan *medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas, y otras medidas económicas complementarias*.

(re-parcheando preceptos) a “golpe” de Decreto-ley, en lugar de reformar sosegadamente, pensando y meditando lo que realmente se necesita.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., “Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 16, 2012., pp. 43 y ss.
- ARIAS VARONA, FCO. J., “El Real Decreto-ley 4/2014 de reforma de la Ley Concursal”, en *Boletín Mercantil de CMS Albiñana & Suárez de Lezo*, núm. 16, enero-marzo 2014, pp. 4 y ss.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., en BALAGUER (coord.), AAVV, *Manual de Derecho Constitucional*, vol. I, ed. Tecnos, Madrid, 2013, pp. 159-161.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “El nuevo Derecho Concursal español”, en la Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 22 de mayo de 2003, en *AA MN*, núm. XLIII, pp. 465-490.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “La reforma –inarmónica– de la Ley Concursal”, en *AJA*, núm. 775/2009, pp. 1 y ss.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “La reforma de la Ley Concursal”, en BELTRÁN-CAMPUZANO (coords.), *Materiales de la reforma concursal (2009-2011)*, ed. Tirant lo Blach, Valencia, 2012, p. 661.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Los problemas del Derecho Concursal español”, en *El Notario del siglo XXI*, enero-febrero 2012, núm. 41, pp. 35 y ss.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., en BELTRÁN-PRENDES (dirs.), *Los problemas de la Ley Concursal*, ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 13.
- BISBAL MÉNDEZ, J., “Leyes concursales o Derecho concursal”, en *Diario La Ley*, núm. 7714, 13 de octubre de 2011, Año XXXII, pp. 1 y ss.
- CABANAS TREJO, R., “Las garantías reales en el precurso de acreedores”, en *Diario La Ley*, núm. 8317, 23 de mayo, año XXXV, pp. 5 y ss.
- CARMONA CONTRERAS, A. M., “El Decreto-ley en tiempos de crisis”, en *Revista catalana de Dret públic*, núm. 47, 2013, pp. 1-20.
- CARRASCO PERERA, A., y CORDÓN MORENO, F., “Ejecución de garantías reales tras el incumplimiento del acuerdo de refinanciación homologado en la disposición adicional 4ª de la Ley Concursal tras la modificación producida por el RDL 4/2014”, en *Diario La Ley*, núm. 8322, sección tribuna, 30 de mayo de 2014, p. 4.

- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “La naturaleza jurídica de la declaración judicial de concurso”, en OLIVENCIA/FDEZ-NÓVOA/JIMÉNEZ DE PARGA (dirs.), AAVV, *Tratado de Derecho Mercantil*, vol. 7, ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 25.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “Las reformas del artículo 5.3 de la Ley Concursal y las modificaciones introducidas por la nueva disposición adicional cuarta de la misma: ¿La figura del precurso?””, en ARIZA/GALÁN (coords.), *Reflexiones para la reforma de la Ley Concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, p. 167. *op. cit.*, p. 167.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “Procesos concursales: el concurso de acreedores y la quiebra”, en CORTÉS/GIMENO/MORENO, *Derecho Procesal. Parte especial*, 2ª Edición, ed. Colex, Madrid, 2000, pp. 213-214.
- DAMIÁN MORENO, J., “¿Estorba el Derecho Concursal?”, en *Diario económico Expansión*, sección Jurídico, de 9 de mayo de 2011.
- DAMIÁN MORENO, J., “La declaración de concurso a la luz de las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo (entre la paraconcursalidad y la jurisdiccionalidad del concurso)”, en ARIZA/GALÁN (Coords.), *Reflexiones para la reforma concursal*, ed. Reus, Madrid, 2010, p. 156.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., “Respetar la ley”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 1, 1974, p. 93.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., y DE LA CUESTA RUTE, J. M., “Algunas orientaciones para la reforma del Derecho Concursal”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 2-3, 1977, p. 644.
- DE RAMÓN FORÉS, I., “Sobre la necesidad de perfeccionar el ordenamiento jurídico”, en *Diario La Ley*, núm. 7152, Año XXX, 8 abril de 2009, pp. 1 y ss.
- ECHEVARRÍA PETIT, J. L., “Seguridad jurídica y proliferación legislativa”, en *Diario La Ley*, núm. 7332, 1 de febrero de 2010, año XXXI, p. 3.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Sobre las preconcursalidad y la prevención de la insolvencia. El mecanismo de alerta preconcursal”, en ROJO (dir.) *La reforma de la legislación concursal*. ed. Marcial Pons/Colegio de Registradores, Madrid, 2003, pp. 9 y ss.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., “Las soluciones preconcursales”, en FDEZ. RODRÍGUEZ-SÁNCHEZ ÁLVAREZ (coords.), *Crisis empresarial y concurso: comentarios legales*, ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 47 y ss.

- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A., “RDL 4/2004, de 7 de marzo: breve apunte documental”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*”, 17 de marzo de 2014.
- GARCÍA BARTOLOMÉ, D., “El deseado reforzamiento del pre-concurso en la reforma de la Ley Concursal”, en *Diario económico Expansión, sección de opinión*, 10 de enero de 2011. Donde apuntábamos los beneficios del preconcursus y las medidas que se debían introducir para conseguir que el preconcursus se convirtiera en una institución preconcursal completa.
- GARCÍA BARTOLOMÉ, D., “El nuevo procedimiento abreviado concursal tras la Ley 38/2011, de 10 de octubre: ¿perfecta solución al elevado coste temporal del concurso?”, en MENDOZA DÍAZ (coord.), *El Derecho Procesal en la encrucijada entre la modernidad y la tradición*, Libro de Memorias del III Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en Cuba, Marzo de 2013, ISBN: 9789597219071, pp. 10-23.
- GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO, N., “Separación y actualización del Derecho concursal y de la jurisdicción voluntaria”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 1-4, 1981, p. 605.
- GURREA MARTÍNEZ, A., “La incomprensible preferencia del convenio a la liquidación como solución del concurso de acreedores”, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2400128> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2400128>
- JIMÉNEZ CAMPO, J., “Decreto Ley”, en ARAGÓN REYES (coord.), AAVV, *Temas básicos de Derecho Constitucional*, ed. Civitas, Madrid, 2001, pp. 33 y ss.; BALAGUER CALLEJÓN, F., *Manual de Derecho Constitucional...*, op. cit., pp. 157 y ss.
- NIETO DELGADO, C., “Comunicaciones del artículo 5 bis de la Ley Concursal y síndrome de Münchausen”, en *Diario El Economista*, 7 abril 2014.
- OLIVENCIA RUIZ, M., “Del concurso en tiempos de crisis: una reforma ortopédica”, en *RCP*, núm. 11, 2009, pp. 23 y ss.
- OLIVENCIA RUIZ, M., “Las reformas concursales”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 16, 2012, pp. 19-20.
- OLIVENCIA RUIZ, M., “Las reformas de la Ley Concursal”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*”, núm. 16, 2012, p. 18.
- OLIVENCIA RUIZ, M., “Los principios de la reforma concursal”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, 2004, p. 10.

- OLIVENCIA RUIZ, M., *Guía Legislativa UNCITRAL sobre el régimen de insolvencia*, p.12.
- PACCHI, S., y GARCÍA BARTOLOMÉ, D., “La intervención y los poderes de disposición del Ministerio Fiscal en el Proceso concursal italiano y español”, en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 28, 2013, p. 267.
- PENDÁS GARCÍA, B., “Procedimiento legislativo y calidad de las Leyes”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 28, 1990, p. 109.
- PÉREZ DEL BLANCO, G., *Efectos procesales de la declaración de concurso: la vis atractiva concursal*, ed. Reus, Madrid, 2007, pp. 11 y ss.
- PULGAR EZQUERRA en PULGAR (dir.), AAVV, *El concurso de acreedores*, ed. La Ley, Madrid, 2012, p. 29.
- PULGAR EZQUERRA, J., “Protección de las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex artículo 5.3 de la Ley Concursal en el marco del RDL 3/2009”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 11, 2009, p. 46.
- PULGAR EZQUERRA, J., “Refinanciación, reestructuración de deuda empresarial y reforma concursal”, en *Diario La Ley*, núm. 8271, sección doctrina, 14 de marzo de 2014, p. 2.
- PULGAR EZQUERRA, J., “Refinanciaciones de deuda, emprendedores y segunda oportunidad”, en *Diario La Ley*, núm. 8141, sección doctrina, 4 de septiembre de 2013, Año XXXIV., pp. 1 y ss.
- PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación*, ed. La Ley, Madrid, 2013, pp. 194 y ss.
- REMÓN PEÑALVER, J., “La lucha por la seguridad jurídica”, en *Diario La Ley*, núm. 7000, 28 de abril de 2008, Año XXIX, pp. 1 ss.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., “La reforma del Derecho Concursal español”, en ROJO (dir.) *La reforma de la legislación concursal*, ed. Marcial Pons/Colegio de Registradores, Madrid, 2003, pp. 87-130.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., “La reforma del Derecho concursal italiano y el derecho concursal español”, en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. , 2007, p. 317.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., en BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Ideas básicas de la propuesta de anteproyecto de Ley Concursal elaborada por el Profesor Ángel Rojo”, en ESPINA (coord.), *La reforma del Derecho Concursal y la eficiencia económica*, ed. Consejo General de Colegios de Economistas, Madrid, 1991, pp. 309 y ss.

- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Las principales funciones del concurso de acreedores”, en MENÉNDEZ/ROJO (dirs.), AAVV, *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. II, ed. Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2013, p. 492.
- SÁNCHEZ PAREDES, M^a. L., “Breves reflexiones en torno al alcance subjetivo de la reforma concursal”, en *e-Dictum*, 28, abril 2014, p. 1.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, F., “Exposiciones de motivos de las Leyes: motivos para su eliminación”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 33, 1991, pp. 47-64.
- SENÉS MOTILLA, C., “El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?”, en *Revista de Derecho Civil*, núm. 1, vol.1, enero-marzo 2014, pp. 49-68.
- VACAS MEDINA, L., “La autonomía del Derecho concursal” en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 1957, pp. 163-204.
- VICENT CHULIÁ, F., “Tres años de Ley Concursal: temas de reforma”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 8, 2008, pp. 113 y ss.